I

البدائع لابي بكر بن مسعود بن احمد الكاساني ملك العلماء علاء الدين
مات يوم الاحد بعد الظهر عاشر رجب سنة سبع وثمانين وخمسمائة
ودفن عند زوجته فاطمة الفقيهة داخل مقام ابراهيم بظاهر حلب
ويعرف قبرها عند ازوار بقبر المرأة وزوجها وكاسان بلدة وراء
الشاش بها قلعة حصينة كذا في طبقات الحنفية المسماة بالجواهر

22

370

II

كتاب قطع الطريق

ان تأدى ... الاحتلاج الشهادة

يا حفيظ يا كبيكج يا الله يا الله

1

الجزء الرابع من بدايع الصنايع في ترتيب الشرايع

الفهرست

من كتب حسن باشا زاده السيد محمد سعيد عفى له

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاجارات

الكلام في هذا الباب يقع في تسع مواضع في بيان جواز الاجارة وفي بيان ركن الاجارة وفي بيان
شرايط الركن وفي بيان صفة الاجارة وفي بيان حكم الاجارة وفي بيان حكم اختلاف العاقدين
في عقد الاجارة وفي بيان ما ينتهي به عقد الاجارة **اما الاول** فالاجارة جايزة عند عامة
العلما وقال ابو بكر الاصم انها لا تجوز والقياس ما قاله لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع للحال
معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع ولا يجوز اضافة البيع الى ما يوجد في المستقبل كاضافة البيع
الى اعيان توجد في المستقبل فاذا لا سبيل الى تجويزها باعتبار الحال ولا باعتبار المال فلا جوازها
راسا لكنا استحسنا الجواز بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى خبرا عن اب
المراتين سعي لهما موسى عليه السلام قال اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني
ثماني حجج اي على ان تكون اجيرا لي او على ان تجعل عوضي من انكاحي ابنتي اياك رعي غنمي ثماني حجج تقال
اجرك الله باجره اي عوضه واثابه وقوله خبرا عن تينك المراتين قالت احديهما يا ابت استاجره ان
خير من استاجرت القوي الامين وما قص الله تعالى علينا من شرايع من قبلنا من غير نسخ يصير شريعة
لنا مبتداة ويلزمنا على انه شريعتنا لا على انه شريعة من قبلنا لما عرف في اصول الفقه **وقوله** فاذا
قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله والاجارة ابتغا الفضل وقوله ليس عليكم
جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم وقد قيل نزلت الاية في حج المكاري فانه روي ان رجلا جا الى عمر رضي
الله عنهما فقال انا قوم نكري ونزعم ان ليس لنا حج فقال الستم تحرمون وتقفون وترمون فقال
نعم فقال انتم حجاج ثم قال سال رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سالتني فلم يجبه حتى انزل الله
ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انتم حجاج وقوله تعالى
في استيجار الظير وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم نفي الجناح عمن يسترضع ولده
والمراد منه الاسترضاع بالاجرة دليله قوله اذا سلمتم ما اتيتم بالمعروف قيل اي الاجرة التي
قبلتم وقوله فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وهذا نص وهو في المطلقات **واما السنة** فما روى
محمد رحمه الله في الاصل عن ابي سعيد الخدري وابي هريرة رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا ينكح على خطبته ولا تناجشوا ولا تبيعوا بالقا
الحجر ومن استاجر اجيرا فليعلمه اجره وهذا منه تعليم شرط جواز الجواز وهو اعلام الاجر فدل
على الجواز وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه امر
بالمبادرة الى اعطا اجر الاجير عقيب فراغه من العمل من غير فصل فيدل على جواز الاجارة وعن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث انا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل
اعطاني ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفي منه ولم يعطه اجره وعن
عايشة رضي الله عنها انها قالت استاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر رجلا من الديل هاديا
خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث فاتاهما
فارتحلا وانطلق معهما عامر بن فهيرة **والدليل** الديلي فاخذ بهم طريق الساحل وادنى ما يستدل
بفعل النبي صلى الله عليه وسلم الجواز وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على رافع بن خديج وهو في
حايطه فاعجبه فقال لمن هذا الحايط فقال لي يا رسول الله استاجرته فقال عليه السلام لا تستاجره
بشي منه حض النهي باستيجاره ببعض الخارج منه ولو لم تكن الاجارة جايزة اصلا لعم النهي اذ النهي عن
المنكر واجب وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يواجرون ويستاجرون فلم ينكر عليهم

فكان ذلك

فكان ذلك تقريرا منه والتقرير احد وجوه السنة **واما** الاجماع فان الامة على ذلك قبل وجود
الاصم حيث يعقدون عقد الاجارة من زمن الصحابة رضي الله عنهم الى يومنا هذا من غير نكير فلا
يعبا بخلافه اذ هو خلاف الاجماع وبه تبين ان القياس قد ترك ولان الله تعالى انما شرع العقود
لحوايج العباد وحاجتهم الى الاجارة ماسة لان كل احد لا يكون له دار مملوكة يسكنها او ارض مملوكة
يزرعها او دابة مملوكة يركبها وقد لا يمكنه بالشرا لعدم الثمن ولا بالهبة والاعارة لان نفس كل
احد لا تسمح بذلك فيحتاج الى الاجارة فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس كالسلم ونحوه تحقيقه
ان الشرع شرع لكل حاجة عقدا يختص بها فشرع لتمليك العين بعوض عقدا وهو البيع وشرع لتمليكها
بغير عوض عقدا وهو الهبة وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقدا وهو الاعارة فلو لم تشرع الاجارة
مع امتساس الحاجة اليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف موضوع الشرع

فصل

واما ركن الاجارة ومعناها اما ركنها فالايجاب والقبول وذلك بلفظ دال عليها
وهو لفظ الاجارة والاستيجار والاكتراء والاكراء فاذا وجد ذلك فقد تم الركن والكلام في
صيغة الايجاب والقبول وصفتهما في الاجارة كالكلام فيه في البيع وقد ذكرنا ذلك في كتاب
البيوع **واما معنى** الاجارة فالاجارة بيع المنفعة لغة ولهذا سماها اهل المدينة بيعا واراد وابه
بيع المنفعة ولهذا يسمى البدل في هذا العقد اجرة وسمى الله تعالى بدل الرضاع اجرا بقوله
فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والاجرة بدل المنفعة لغة وكذا سمي المهر في باب النكاح اجرا
بقوله فانكحوهن باذن اهلهن واتوهن اجورهن بالمعروف اي مهورهن لان المهر بدل منفعة
البضع وسوا اضيفت الى الدور والمنازل والبيوت والحوانيت والحمامات والفساطيط
وعبيد الخدمة والدواب والثياب والحلي والاواني والظروف ونحو ذلك او الى الصناع من
القصار والخياط والصباغ والصايغ والنجار **فالاجير** قد يكون خاصا وهو الذي يعمل لواحد
وهو الذي يسمى باجير الوحد وقد يكون مشتركا وهو الذي يعمل لعامة الناس وهو المسمى
بالاجير المشترك وذكر بعض المشايخ ان الاجارة نوعان اجارة على المنافع واجارة على الاعمال
وفسر النوعين بما ذكرنا وجعل المعقود عليه في احد النوعين وفي الاخر العمل وهي في الحقيقة
نوع واحد لانها بيع المنفعة فكان المعقود عليه المنفعة في النوعين جميعا الا ان المنفعة تختلف
باختلاف محل المنفعة فيختلف استيفاوها باستيفاء منافع المنازل بالسكنى والاراضي بالزراعة
والثياب والحلي باللبس وعبيد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل والاواني والظروف
بالاستعمال والصناع بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما وقد يقام فيه تسليم النفس
مقام الاستيفا كما في اجير الوحد حتى لو سلم نفسه في المدة ولم يعمل يستحق الاجر واذا عرف
ان الاجارة بيع المنفعة فتخرج عليه بعض المسايل فنقول لا تجوز اجارة الشجر والكرم للثمر لان الثمر
عين والاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا تجوز اجارة الشاة للبنها او سمنها او صوفها او ولدها
لان هذه اعيان فلا تستحق بعقد الاجارة وكذا اجارة الشاة لترضع جديا او صبيا لما
قلنا ولا تجوز اجارة ما في نهر او بير او قناة او عين لان الما عين فان استاجر القناة والعين
والبير مع الما لم تجز ايضا لان المقصود منه الما وهو عين ولا يجوز استيجار الاجام التي فيها
الما للسمك وغيره من القصب والصيد لان كل ذلك عين فان استاجرها مع الما فهو افسد
واخبث لان استيجارها بدون الما فاسد فكان مع الما افسد **ولا تجوز** اجارة المراعي لان
الكلا عين فلا يحتمل الاجارة **ولا تجوز** اجارة الدراهم والدنانير ولا تبرهما وكذا تبر النحاس

والرصاص ولا استيجار المكيلات والموزونات لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد استهلاك
اعيانها والداخل تحت الاجارة المنفعة لا العين حتى لو استاجر الدراهم والدنانير ليعير بها
ميزانا او صنجة ليعتبر بها مكيالا او دينا ليعير به ارطالا او امنانا وقتا معلوما ذكر في الاصل
انه يجوز لان ذلك نوع انتفاع بها مع بقاء عينها فاشبه استيجار سنجات الميزان وذكر الكرخي
انه لا يجوز لفقد شرط اخر وهو كون المنفعة مقصودة والانتفاع بهذه الاشياء بهذه الجهة
ليس بمقصود عادة ولا يجوز استيجار الفحل للضراب لان المقصود منه النسل وذلك بانزال الماء
وهو عين وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن عسب الفحل اي كراه لان العسب
في اللغة وان كان اسما للضراب لكن لا يمكن حمله عليه لان ذلك ليس بمنهي لما في النهي عنه من قطع
النسل فكان المراد منه كرا عسب الفحل الا انه حذف الكرا واقام العسب مقامه كما في قوله تعالى واسئل
القرية ونحو ذلك ولو استاجر كلبا معلما ليصيد به او بازيا لم يجز لانه استيجار على العين وهو
الصيد وجنس هذه المسايل يخرج على هذا الاصل فان قيل اليس ان استيجار الظير جايز وانه
استيجار على العين وهي اللبن بدليل انها لو لم ترضعه بلبنها بل بلبن شاة لم تستحق الاجر فالجواب انه
روي عن محمد ان العقد يقع على خدمة الصبي واللبن يدخل على طريق التبع فكان ذلك استيجارا
على المنفعة ايضا واستيفاوها بالقيام بخدمة الصبي من غسله وغسل ثيابه والباسها اياه
وطبخ طعامه ونحو ذلك واللبن يدخل فيه تبعا كالصبغ في استيجار الصباغ واذا ارضعته
بلبن شاة فلم تات بما دخل تحت العقد فلا تستحق الاجر كالصباغ اذا صبغ الثوب لونا اخر غير ما وقع
عليه العقد انه لا يستحق الاجر وذا لا يدل على ان المعقود عليه ليس هو المنفعة كذا ههنا ومن
مشايخنا من قال ان المعقود عليه هناك العين وهي اللبن مقصودا والخدمة تبع لان المقصود
تربية الصبي ولا يتربى الا باللبن فاجري اللبن مجرى المنافع ولهذا لا يجوز بيعه وعلى هذا يخرج
استيجار الاقطع والاشل للخياطة بنفسه والقصارة والكتابة وكل عمل لا يقوم الا باليدين واستيجار
الاخرس لتعليم الشعر والادب والاعمى لنقط المصاحف انه غير جايز لان الاجارة بيع المنفعة
والمنفعة لا تحدث عادة الا عند سلامة الالات والاسباب وكذا استيجار الارض السبخة
والنزه للزراعة وهي لا تصلح لها لان منفعة الزراعة لا يتصور حدوثها منها عادة فلا تنعقد الاجارة
بيع المنفعة فلم يجز وعلى هذا يخرج استيجار المصحف انه لا يجوز لان منفعة المصحف النظر فيه
وقراة القران منه والنظر في مصحف الغير وقراة القران منه مباح والاجارة بيع المنفعة والمباح
لا يكون محلا للبيع كالاعيان المباحة من الحطب والحشيش وكذا استيجار كتب ليقرا فيها شعرا او فقها
لان منافع الدفاتر النظر فيها والنظر في دفتر الغير مباح من غير اجره فصار كما اذا استاجر ظل
حايط خارج داره ليقعد فيه ولو استاجر شيا من الكتب ليقرا فلا اجر عليه لانعدام عقد
المعاوضة وعلى هذا ايضا يخرج اجارة الاجام للسمك والقصب واجارة المراعي للكلا وساير
الاعيان المباحة انها غير جايزة لما قلنا والله اعلم

فصل

واما شرايط الركن فانواع
بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة وبعضها شرط اللزوم اما شرط
الانعقاد فثلاثة انواع نوع يرجع الى العاقد ونوع يرجع الى نفس العقد ونوع الى مكان العقد اما
الذي يرجع الى العاقد فالعقل وهو ان يكون العاقد عاقلا حتى لا تنعقد الاجارة من المجنون
والصبي الذي لا يعقل كما لا ينعقد البيع منهما واما البلوغ فليس من شرايط الانعقاد ولا من
شرايط النفاذ عندنا حتى ان الصبي العاقل لو اجر ماله او نفسه فان كان ماذونا ينفذ وان كان

محجورا

محجورا يتوقف على اجازة الولي عندنا خلافا للشافعي وهي من مسايل الماذون
الصبي المحجور بنفسه وعمل وسلم من العمل استحق الاجر ويكون الاجر له اما استحقاق الاجر فلان
عدم النفاذ كان نظرا له والنظر بعد الفراغ من العمل سليما في النفاذ فيستحق الاجرة ولا يهدر
سعيه فيتضرر به وكان الولي اذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير واما كون الاجرة
المسماة له فلانها بدل منافعه وهي حقه وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا العقد
ولا لنفاذه عندنا فينفذ عقد المملوك اذا كان ماذونا ويتوقف على اجازة مولاه ان كان
محجورا وعند الشافعي لا يتوقف بل يبطل واذا سلم من العمل في اجارة نفسه او اجارة ماله المولى
وجب الاجر المسمى لما ذكرنا في الصبي الا ان الاجر ههنا يكون للمولى لان العبد ملك المولى
والاجر كسبه وكسب المملوك لمالكه ولو هلك الصبي او العبد في ايد المستاجر في المدة ضمن
لانه صار غاصبا حيث استعملهما من غير اذن الولي والمولى ولا يجب الاجر لان الاجر مع الضمان
لا يجتمعان ولو قتل العبد او الصبي خطا فعلى عاقلته الدية او القيمة وعليه الاجر في ماله لان
ايجاب الاجره ههنا لا يودي الى الجمع لاختلاف من عليه الواجب وللمكاتب ان يواجر ويستاجر
لانه في مكاسبه كالحر واما كون العاقد طايعا جادا عامدا فليس بشرط لانعقاد هذا
العقد ولا لنفاذه عندنا لكنه من شرايط الصحة كما في بيع العين واسلامه ليس بشرط اصلا
فتجوز الاجارة والاستيجار من المسلم والذمي والحربي المستامن لان هذا من عقود المعاوضة
فيملكه المسلم والكافر جميعا كالبياعات غير ان الذمي اذا استاجر دارا من مسلم في المصر
فاراد ان يتخذها مصلى للعامة ويضرب فيها بالناقوس ليس له ذلك ولرب الدار وعامة
المسلمين ان يمنعوه على طريق الحسبة لما فيه من احداث شعاير لهم وانه تهاون بالمسلمين
واستخفاف بهم كما يمنع من احداث ذلك في دار نفسه في امصار المسلمين ولهذا يمنعون
من احداث الكنايس في امصار المسلمين قال النبي صلى الله عليه وسلم لا اخصاء في الاسلام ولا
كنيسة اي لا يجوز اخصاء الانسان ولا احداث الكنيسة في دار الاسلام في الامصار
ولا يمنع من ان يصلي فيها بنفسه من غير جماعة لانه ليس فيه ما ذكرنا من المعنى الا ترى انه لو فعل
ذلك في دار نفسه لا يمنع منه وان كانت الدار بالسواد ذكر في الاصل انه لا يمنع من شيء من
ذلك لكن قيل ان ابا حنيفة انما اجاز ذلك في زمانه لان اكثر اهل السواد في زمانه كانوا اهل
الذمة فكان لا يودي ذلك الى الاهانة والاستخفاف بالمسلمين فاما اليوم بحمد الله تعالى
فقد صار السواد كالمصر فكان الحكم فيه كالحكم في المصر وهذا اذا لم يشترط ذلك في العقد فاما
اذا شرط بان استاجر ذمي دارا من مسلم في مصر من امصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة
لم تجز الاجارة لانه استيجار على المعصية وكذا لو استاجر ذمي من ذمي ليفعل ذلك لما قلنا
ولا باس باستيجار ظير كافرة والتي ولدت من فجور لان الكفر والفجور لا يوثران في اللبن لان
لبنها لا يضر بالصبي ويكره استيجار الحمقا لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقا فان اللبن يفسد
والظاهر ان المراد منه غير الامر لان الولادة ابلغ من الرضاع نهي وعلل بالامر ونسبا دون
حمقها لمرض بها عادة ولبن المريضة مما يضر بالصبي ويحتمل ان النهي عن ذلك لئلا يتعود
الصبي بعادة الحمقا لان الصبي متعود صرح والله اعلم واما الذي يرجع الى نفس
العقد ومكانه فما ذكرناه في كتاب البيوع واما شرط النفاذ فانواع منها خلو العاقد
عن الردة اذا كان ذكرا في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ليس بشرط بنا على ان

تصرفات المرتد موقوفة عند ابي حنيفه وعندهما نافذة وتصرفات المرتدة نافذة
في قولهم جميعا وهي من مسايل كتاب السير **ومنها** والولاية فلا ينفذ اجارة الفضولي
لعدم الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا على اجارة المالك عندنا خلافا للشافعي ذكرنا
في كتاب البيوع **ثم الاجازة** انما تلحق الاجارة الموقوفة بشرايط ذكرناها في البيوع **منها قيام**
المعقود عليه وعلى هذا يخرج ما اذا اجر الفضولي فاجاز المالك العقد انه ان اجاز قبل
استيفاء المنفعة جاز وكانت الاجرة للمالك لان المعقود عليه ما فات الا ترى انه لو عقد عليه
ابتدا بامره جاز فاذا كان محلا لانشا العقد عليه كان محلا للاجازة اذ الاجازة اللاحقة
كالوكالة السابقة **واذا اجاز** بعد استيفاء المنفعة لم يجز اجازته وكانت الاجرة
للعاقد لان المنافع المعقود عليها قد انعدمت الا ترى انها خرجت عن احتمال انشا العقد
عليها فلا يلحقها الاجازة **وقد قالوا** فيمن غصب عبدا فاجره سنة للخدمة **وفي رجل** اجر غصب
غلاما او دارا فاقام الرجل البينة انه له فقال المالك قد اجزت ما اجرت ان مدة الاجارة
ان كانت قد انقضت فالاجر للغاصب لما ذكرنا ان المعقود عليه قد انعدم والاجازة
لا تلحق المعدوم **وان كان في** بعض المدة فالاجر الماضي والباقي لرب الغلام في قول
ابي يوسف **وقال محمد** اجر ما مضى للغاصب واجر ما بقي للمالك فابو يوسف نظر
الى المدة فقال اذا بقي بعض المدة لم يبطل العقد فبقي محلا للاجازة **ومحمد** نظر الى
المعقود عليه فقال كل جزء من اجزاء المنفعة معقود عليه بحياله كانه عقد على حدة ابتدا
فالمنافع في الزمان الماضي انعدمت فانعدم شرط لحوق الاجازة العقد فلا تلحقه
الاجازة **وقد خرج** الجواب عن ذكره ابو يوسف **وقد قال** محمد فيمن غصب ارضا فاجرها
للزراعة فاجاز صاحب الارض الاجارة ان اجر ما مضى للغاصب واجر ما بقي
للمالك وهو على ما ذكرنا من الاختلاف **قال** فان اعطاها مزارعة فاجازها صاحب
الارض جازت وان كان الزرع قد سنبل ما لم يبس ولا شي للغاصب من الزرع لان الزراعة
بمنزلة شي واحد لا ينفرد بعضها عن بعض فكان اجازة العقد بمنزلة ابتدا العقد **واما**
اذا يبس الزرع فقد انقضى عمل الزرع فلا يلحق العقد الاجازة **واما** الاستيجار من
الفضولي فهو كشرايه فان اضاف العقد الى نفسه كان المستاجر له لان العقد وجد نفاذا
على العاقد فنفذ عليه **وان اضاف** العقد الى من استاجر له ينظر ان وقعت الاضافة اليه
في الايجاب والقبول جميعا يتوقف على اجازته **وان وقعت** الاضافة اليه في احدهما دون
الاخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد لما ذكرنا في البيوع **بخلاف الوكيل** بالاستيجار انه
يقع استيجاره للموكل **وان** اضاف العقد الى نفسه والفرق على نحو ما ذكرنا في كتاب
البيوع وعلى هذا يخرج اجارة الوكيل انها نافذة لوجود الولاية بانابة المالك اياه مناب
نفسه فينفذ كما لو عقد الموكل بنفسه وكره ان يواجر من ابن الموكل وابيه لان للموكل ذلك لاطلاق
ملكيهما الا للوكيل وله ان يواجر من مكاتبه لان للمولى ان يواجر منه لانه لا يملك ما في يده
فكذا الوكيل **واما** العبد المأذون فان لم يكن عليه دين فلا يملك ان يواجر منه لان المولى
لا يجوز له ذلك لان كسبه ملكه فكذا الوكيل **وان كان** عليه دين فله ذلك اما عند ابي
حنيفه فلان المولى لا يملك ما في يده فكان بمنزلة المكاتب فيجوز لوكيله ان يواجر منه
واما على قولهما فكسبه وان كان ملك المولى لكن تعلق به حق الغرما فجعل المالك كالاجنبي

ولا يجوز له ان يواجر من ابيه وابنه وكل من لا تقبل شهادته له في قول ابي حنيفه
وعندهما يجوز باجر مثله كما في بيع العين وهي من مسايل كتاب الوكالة **وله ان يواجر** باجر
مثل الدار وباقل عند ابي حنيفه وعندهما ليس له ان يواجر بالاقل وهو على الاختلاف
في البيع **ولو اجر اجارة** فاسدة نفذت لان مطلق العقد ينتاول الصحيح والفاسد
كما في البيع ولا ضمان عليه لانه لم يصر مخالفا وعلى المستاجر اجر المثل اذا انتفع لانه استوفى
المنافع بعقد فاسد **ولو لم يواجر** الوكيل الدار لكنه وهبها من رجل او اعارها اياه
فسكنها ثم جاء صاحبها فلا اجر له على الوكيل ولا على الساكن لان المنافع في اصل اصحابنا
لا يتقوم الا بالعقد الصحيح او الفاسد ولم يوجد ههنا وكذلك الاجارة من الاب والوصي
والقاضي وامينه نافذة لوجود الانابة من الشرع وللاب ان يواجر ابنه الصغير في عمل
من الاعمال لان ولايته على الصبي كولايته على نفسه لان شفقته عليه كشفقته على
نفسه وله ان يواجر نفسه فكذا ابنه ولان فيها نظرا للصغير من وجهين **احدهما** ان
المنافع في الاصل ليست بمال خصوصا منافع الحر وبالاجارة تصير مالا وجعل ما ليس
بمال مالا من باب النظر والثاني ان اعتياده في الصنايع من باب التهذيب والتاديب
والرياضة وفيه نظر للصبي فيملكه الاب وكذا وصي الاب مرضي الاب والجد اب
الاب لقيامه مقام الاب عند عدمه ووصيه لانه مرتضيه والقاضي لانه نصب
ناظرا وامينه لانه مرتضيه **ولا يجوز اجارة** غير الاب ووصيه والجد ووصيه من ساير
ذوي الرحم المحرم اذا كان له احد ممن ذكرنا لان من سواهم لا ولاية له على الصغير
الا ترى انه لا يملك التصرف في ماله فلان لا يملك في نفسه اولى الا اذا كان في حجره فيجوز اجارته
اياه في قولهم لانه اذا كان في حجره كان له عليه ضرب من الولاية لانه يربيه ويوديه
واستعماله في الصنايع نوع من التاديب فيملكه من حيث انه تاديب **فان كان** في حجر
ذي رحم محرم منه فاجره ذو رحم محرم اخر هو اقرب اليه من الذي هو في حجره
بان كان الصبي في حجر عمه وله ام فاجرته قال ابو يوسف يجوز اجارتها اياه وقال
محمد لا يجوز لان ها ولا ولاية لهم على الصبي اصلا ومقصودا وانما يملكون الاجارة
ضمنا للولاية التربية وانما تثبت لمن كان في حجره فاذا لم يكن في حجره كان كالاجانب
ولابي يوسف ان ذا الرحم انما يلي عليه هذا النوع بسبب الرحم فمن كان اقرب اليه
من الرحم كان اولى كالاب مع الجد وللذي اجره ان يقبض الاجرة لان قبض الاجرة
من حقوق العقد وهو العاقد فكان له ولاية القبض وليس له ان ينفقها عليه
لان الاجرة ماله والانفاق عليه من ماله تصرف في ماله وليس له ولاية التصرف
في ماله المال **وكذا** في هذا كله اذا وهب له هبة فله ان يقبضها وليس له ان ينفقها لان
قبض الهبة منفعة محضة للصغير الا ترى ان الصبي يملك قبضها بنفسه فاما الانفاق
فهو من باب الولاية ولا يملكه من لا يملك التصرف في ماله **ولو بلغ الصبي** في هذا كله قبل انقضاء
مدة الاجارة فله الخيار ان شا امضى الاجارة وان شا فسخ لان في استيفاء العقد اضرارا به
لانه بعد البلوغ يلحقه الانفة من خدمة الناس واليه هذا اشار ابو حنيفه رحمه الله تعالى
ارايت لو تفقه فولي القضا اكنت اتركه يخدم الناس وقد اجره ابوه هذا قبيح ولان
المنافع تحدث شيا فشيا والعقد ينعقد على حسب حدوث المنافع فاذا بلغ فيم كان

الاب عقد على ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتدا فكان له خيار الفسخ والاجازة
كما اذا عقد ابتدا بعد البلوغ وكذا الاب والجد ووصيهما والقاضي ووصيه في اجارة
عبد الصغير وعقاره لان لهم ولاية التصرف في ماله بالبيع كذا بالاجارة ولو بلغ قبل
انتها المدة فلا خيار له بخلاف اجارة النفس وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب البيوع وليس
للاب ومن يملك اجارة مال الصغير ونفسه ان يواجر نفسه وماله باقل من اجر المثل
قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة ولو فعل لا ينفذ لانه ضرر في حقه وهذه ولاية
نظر فلا تثبت مع الضرر وليس لعمه ولا لمن هو في حجره ان يواجر عبده او داره لان ذلك
تصرف في المال فلا يملكه الا من يملك التصرف في المال كبيع المال وقال ابن سماعة عن محمد
استحسن ان يواجروا عبده لانهم يملكون اجارة نفسه فاجارة ماله اولى وكذلك
استحسن ان ينفقوا عليه ما لا بد منه لان في تاخير ذلك ضررا عليه وكذلك احد الوصيين
يملك ان يواجر اليتيم في قول ابي حنيفة ولا يواجر عبده وقال محمد يواجر عبده والصحيح
قول ابي حنيفة لان لكل واحد من الوصيين التصرف فيما يخاف الضرر بتاخيره وفي ترك
اجارة الصبي ضرر به بترك ادبه ولا ضرر في ترك اجارة عبده ولا يجوز اجارة الوصي
نفسه للصبي وهذا على اصل محمد لا يشكل لان الوصي لا يملك بيع ماله من الصبي فلا يملك
اجارة نفسه واما على اصل ابي حنيفة فيحتاج الى الفرق بين البيع وبين الاجارة ووجه
الفرق انه انما يملك بيع ماله منه اذا كان فيه نظر للصغير ولا نظر للصغير في اجارة نفسه
منه لان فيها جعل ما ليس بمال مالا فلم يجز وللوصي ان يعمل في مال الصبي مضاربة والفرق
بين الاجارة والمضاربة ان الوصي بعقد المضاربة لا يوجب حقا في مال المضاربة وانما
يوجب حقه في الربح وانه قد يكون وقد لا يكون فلا يلحقه تهمة بخلاف الاجارة لانها توجب حقا
في مال الصبي لا محالة وهو متهم فيه لما بينا واما استيجار الصغير لنفسه فينبغي ان يجوز
على قول ابي حنيفة اذا كان باجرة لا يتغابن في مثلها لانه يملك بيع ماله من نفسه اذا كان
فيه نظر له وفي استيجاره اياه لنفسه نظر له لما فيه من جعل ما ليس بمال مالا ويجوز للاب
ان يواجر نفسه للصغير او يستاجر الصغير لنفسه لان بيع مال الاب من الصغير وشرا ماله
لنفسه لا يتقيد بشرط النظر بدليل انه لو باع ماله منه بمثل قيمته او اشترى مال الصغير
لنفسه بمثل قيمته يجوز فكذا الاجارة واما تسليم المستاجر في اجارة المنازل ونحوها
اذا كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل ايضا من غير شرط عندنا خلافا للشافعي بنا على
ان الحكم في الاجارة المطلقة لا يثبت بنفس العقد عندنا لان العقد في حق الحكم ينعقد
على حسب حدوث المنفعة فكان العقد في حق الحكم مضافا الى حين حدوث المنفعة
فيثبت حكمه عند ذلك وعنده يجعل منافع المدة موجودة للحال تقديرا كانها عين قائمة
فيثبت الحكم بنفس العقد كما في بيع العين وهذا اصل نذكره في بيان حكم الاجارة وكيفية
انعقادها في حق الحكم ان شا الله تعالى ونعني بالتسليم التخلية والتمكين من الانتفاع برفع
الموانع في اجارة المنازل ونحوها وعبيد الخدمة واجير الوحد حتى لو انقضت المدة
من غير تسليم المستاجر على التفسير الذي ذكرنا لا يستحق شيا من الاجر لان المستاجر
لم يملك من المعقود عليه شيا فلا يملك هو ايضا شيا من الاجر لانه معاوضة مطلقة
ولو مضى بعض المدة ثم سلم فلا اجر له فيما مضى لعدم التسليم ولو اجر المنزل فارغا

فسلم

فسلم المفتاح الى المستاجر فلم يفتح الباب حتى مضت المدة يلزمه كل الاجر لوجود التسليم
وهو التمكين من الانتفاع برفع الموانع في جميع المدة فحدثت المنافع على ملك المستاجر فهلكت
على ملكه فلا يسقط عنه الاجر كالبايع اذا سلم المبيع الى المشتري بالتخلية فهلك في يد البايع
كان الهلاك على المشتري لانه هلك على ملكه كذا هذا وان لم يسلم المفتاح اليه لكنه اذن له
بفتح الباب فقال مر وافتح الباب فان كان يقدر على فتح الباب بالمعالجة لزمه الكرا
لوجود التسليم وان لم يقدر لا يلزمه لان التسليم لم يوجد ولو استاجر دارا ليسكنها
شهرا او عبدا ليستخدمه او دابة ليركبها الى الكوفة فسكن واستخدم في بعض الوقت
وركب بعض المسافة ثم حدث بها مانع يمنع من الانتفاع من عرض او مرض او اباق او غصب
او كان زرعا فانقطع شربه او رحا فانقطع ماوه لا يلزمه اجرة تلك المدة لان المعقود
عليه منافع تلك المدة وانها تحدث شيا فشيا فلا تصير منافع المدة مسلمة بتسليم محل المنفعة
لانها معدومة والمعدوم لا يحتمل التسليم وانما تسليمها على حسب حدوثها شيا فشيا فاذا
اعترض مانع فقد تعذر تسليم المعقود عليه قبل القبض فلا يجب البدل كما لو تعذر تسليم
المبيع قبل القبض بالهلاك والله اعلم ومنها ان يكون العقد مطلقا عن شرط الخيار فان كان
فيه خيار لا ينفذ في مدة الخيار لان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ما دام الخيار قايما
لحاجة من له الخيار الى دفع الغبن عن نفسه كما في بيع العين وهذا لان شرط الخيار وان كان
شرطا مخالفا لمقتضى العقد والقياس لما مر لكن اعتبرناه لحاجة الناس ولهذا جاز في
بيع العين كذا في الاجارة والله الموفق واما شرط الصحة فلصحة هذا العقد شرائط
بعضها يرجع الى العاقد وبعضها يرجع الى المعقود عليه وبعضها يرجع الى محل المعقود عليه وبعضها
يرجع الى ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة واما يرجع الى نفس العقد اعني ركنه اما الذي
يرجع الى العاقد فرضا المتعاقدين لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاجارة تجارة لان التجارة تبادل المال بالمال والاجارة
كذلك ولهذا يملكها الماذون وانه لا يملك ما ليس بتجارة فثبت ان الاجارة تجارة فدخلت
تحت النص وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امري مسلم الا بطيب من نفسه فلا يصح مع
الكره والهزل والخطا لان هذه العوارض تنافي الرضا فتمنع صحة الاجارة ولهذا منعت صحة
البيع واما الاسلام العاقد فليس بشرط فيصح من المسلم والكافر والحربي المستامن كما يصح البيع
منهم وكذا الحرية فيصح من المملوك الماذون ويتوقف من المحجور ينعقد ويتوقف على ما بينا والله
الموفق واما الذي يرجع الى المعقود عليه فضروب منها ان يكون المعقود عليه وهو
المنفعة معلوما علما يمنع من المنازعة فان كان مجهولا ينظر ان كانت تلك الجهالة مفضية الى المنازعة
تمنع صحة العقد والا فلا لان الجهالة المفضية الى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل
المقصود من العقد فكان العقد عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة واذا لم يكن مفضيا الى المنازعة
يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود ثم العلم بالمعقود عليه وهو المنفعة يكون ببيان
اشيا منها بيان محل المنفعة حتى لو قال اجرتك احدى هاتين الدارين او احد هذين العبدين
او قال استاجرت احد هذين الصانعين لم يصح لان المعقود عليه مجهول لجهالة محله جهالة مفضية
الى المنازعة فتمنع صحة العقد وعلى هذا قال ابو حنيفة رحمه الله اذا اجر نصيبا له من دار غير
مسمى ولا يعرفه المشتري انه لا يجوز لجهالة النصيب وقال ابو يوسف ومحمد يجوز اذا علم بعد

ذلك وان كان عرفه المشتري وقت العقد او عرفه في المجلس جاز شرا كان البايع يعرفه او لا يعرفه لعدا صدق المشتري فيما قال **وجواب** ابي حنيفة يبني على اصلين **احدهما** ان بيع النصيب لا يجوز عنده وهو قول محمد وقال ابو يوسف يجوز **والثاني** ان اجارة المشاع غير جايزة عنده واذا كان المستاجر معلوما من نصف او ثلث او غير ذلك فالمجهول اولى وعندهما اجارة المشاع جايزة وانما فرق محمد رحمه الله بين الاجارة والبيع حيث جوز اجارة النصيب ولم يجوز بيع النصيب لان الاجرة لا تجب بنفس العقد على اصل اصحابنا وانما تجب عند استيفا المعقود عليه وهو المنفعة والنصيب عند الاستيفا معلوم **بخلاف البيع** فان البدل فيه يجب بنفس العقد وعند العقد النصيب مجهول وعلى هذا يخرج قول ابي حنيفة ما اذا استاجر من عقار ماية ذراع او استاجر من ارض جريبا او جريبين انه لا يجوز كما لا يجوز البيع لان اسم الذراع عنده يقع على القدر الذي يحله الذراع من البقعة المعينة وذلك المحال مجهول وكذا اجارة المشاع لا يجوز عنده واذا كان معلوما فالمجهول اولى وعندهما الذراع كالسهم ويجوز اجارة السهم كذا اجارة الذراع وقد ذكرنا المسلة في كتاب الذراع **وعلى هذا** يخرج اجارة المشاع من غير الشريك عند ابي حنيفة انها لا تجوز لان المعقود عليه مجهول لجهالة محله اذ الشايع اسم لجزء من الجملة غير عين من الثلث والربع ونحوهما وانه غير معلوم فاشبه اجارة عبد من عبدين وعندهما جايزة كبيع الشايع وبه اخذ الشافعي ويخرج المسلة على اصل اخرهوا ولي بالتخريج عليه ونذكر الدلايل هناك ان شا الله تعالى **ولو استاجر** طريقا من دار ليمر فيها وقتا معلوما لم يجز في قياس قول ابي حنيفة لان البقعة المستاجرة غير متميزة من بقية الدار فكان اجارة المشاع فلا يجوز عنده وعندهما يجوز **ولو استاجر** ظهر بيت ليبيت عليه شهرا او ليضع متاعه عليه اختلف المشايخ فيه لاختلاف نسخ الاصل ذكر في بعضها انه لا يجوز وفي بعضها انه يجوز **وهو الصحيح** لان المعقود عليه معلوم **وذكر** في الاصل اذا استاجر علو منزل ليبني عليه لا يجوز في قياس قول ابي حنيفة لان البنا عليه يختلف في الخفة والثقل والثقيل منه يضر بالعلو والضرر لا يدخل في العقد لان الاجير لا يرضى به فكان مستثنا من العقد دلالة والضابط له فكان محل المعقود عليه مجهولا **بخلاف** ما اذا استاجر ارضا ليبني عليها انه يجوز لان الاراضي لا تتاثر لثقل البنا وخفته ويجوز في قياس قول ابي حنيفة لان البنا المذكور ينصرف الى المعتاد **والجواب** ما ذكرنا انه ليس كذلك حد معلوم **وعلى هذا ما** اذا استاجر شربا من نهر او مسيل ما في ارض انه لا يجوز لان قدر ما يشغل الما من النهر والارض غير معلوم **ولو استاجر** نهرا يسوق منه الما الى ارض يسقيها لم يجز وذكر في الارض اذا استاجر نهرا يابسا يجري فيه الماء الى ارضه او رحاه لا يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله **وقال** ارايت لو استاجر ميزابا ليسيل فيه ما المطر على سطح المواجر اذا لم يكن فاسدا وذكر هشام عن محمد فيمن استاجر موضعا معلوما من ارض موقتا بوقت معلوم ليسيل فيه ماءه انه يجوز قضا وعن محمد روايتان **وجه هذه** الرواية ان المانع جهالة البقعة وقد زالت الجهالة بالتعيين وجه الرواية المشهورة وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ان مقدار ما يسيل من الما في النهر والمسيل يختلف والكثير منه مضر بالنهر والسطح والمضر منه مستثنا من العقد دلالة وغير المضر مضبوط فصار محل المعقود عليه مجهولا ولو استاجر ميزابا ليركبه في داره كل شهر بشي مسمى جاز لان الميزاب المركب في الدار لا يختلف منفعته بكثرة ما يسيل فيه وقلته فكان محل المعقود عليه معلوما **ولو استاجر** بالوعة

ليصب فيها وضوا المحز لان مقدار ما يصب فيها من الما مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته فكان محل المعقود عليه مجهولا **وعلى هذا** يخرج ما اذا استاجر حايطا ليضع عليه جذوعا او يبني عليه سترة او يضع فيه ميزابا انه لا يجوز لان وضع الجذوع وبنا السترة تختلف باختلاف الثقل والخفة والثقيل منه يضر بالحايط والضرر مستثنى من العقد دلالة وليس لذلك المضر حد معلوم فيصير محل المعقود عليه مجهولا وكذلك لو استاجر من الحايط موضع كوة ليدخل عليه الضوء او موضعا من الحايط ليتد فيه وتدا من المحز لما قلنا **فان قيل** اليس انه لو استاجر دابة بعينها يجوز وان كان المعقود عليه مجهولا لجهالة **فالجواب** ان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لحاجة الناس الى سقوط اعتبارها لان المسافر لو استاجر دابة بعينها فربما تموت الدابة في الطريق فتبطل الاجارة بموتها ولا يمكنه المطالبة بدابة اخرى فيبقى في الطريق بغير حمولة فتنقص به فدعت الضرورة الى الجواز واعتبار اسقاط هذه الجهالة لحاجة الناس فلا يكون هذه الجهالة مفضية الى المنازعة كجهالة المدة وقدر الما الذي يستعمل في الحمام **وقال** هشام سالت محمدا عن الاطلا بالنورة بان قال الملك بدانق ولا يعلم بما يطليه من غلظه ونحافته قال هو جايز لان مقدار البدن معلوم بالعادة والتفاوت فيه يسير لا يفضي الى المنازعة ولان الناس يتعاملون ذلك من غير نكير فسقط اعتبار تلك الجهالة بتعامل الناس **ومنها** بيان المدة في اجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت وفي استيجار الظير لان المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه فترك بيانه يفضي الى المنازعة وسوا قصرت المدة او طالت من يوم او شهر او سنة او اكثر من ذلك بعد ان كانت معلومة وهو اظهر اقوال الشافعي وفي بعضها انه لا يجوز اكثر من سنة وفي بعضها انه يجوز اكثر من ثلثين سنة والقولان لا معنى لهما لان المانع ان كان هو الجهالة فلا جهالة وان كان عدم الحاجة فالحاجة قد تدعو الى ذلك وسوا عين اليوم او الشهر او السنة او لم يعين ويتعين الزمان الذي يعقب العقد لثبوت حكمه وقال الشافعي لا يصح العقد ما لم يعين الزمان الذي يلي العقد نصا وجه قوله ان قوله يوما او شهرا او سنة مجهول لانه اسم لوقت منكر وجهالة الوقت توجب جهالة المعقود عليه وليس في نفس العقد ما يوجب تعيين بعض الاوقات دون بعض فيبقى مجهولا فلا بد من التعيين **ومنها** ان التعيين قد يكون نصا وقد يكون دلالة وقد وجد هاهنا دلالة التعيين من وجهين احدهما انه ان الانسان انما يعقد عقد الاجارة لحاجة عقيب العقد قايمة **ومنها** ان العاقل يقصد بتصرفه الصحة ولا صحة لهذا العقد الا بالصرف الى الشهر الذي يعقب العقد فيتعين **بخلاف ما** اذا قال لله علي ان اصوم شهرا او اعتكف شهرا ان له ان يصوم ويعتكف اي شهر شا **ولو اجر** داره شهرا او شهورا معلومة فان وقع العقد في غرة الشهر يقع على الاهلة بلا خلاف حتى لو نقص الشهر يوما كان عليه كمال الاجرة لان الشهر اسم للهلال وان وقع بعدما مضى بعض الشهر ففي اجارة الشهر يقع على ثلثين يوما بالاجماع لتعذر اعتبار الاهلة فتعتبر بالايام **واما** في اجارة الشهور فيها روايتان عن ابي حنيفة في رواية اعتبر الشهور كلها بالايام وفي رواية اعتبر تكميل هذا الشهر بالايام من الشهر الاخير والباقي بالاهلة وهكذا ذكر في الاصل فقال اذا استاجر سنة اولها هذا اليوم وهذا اليوم لاربع عشر من الشهر فانه يسكن بقية هذا الشهر واحد عشر بالاهلة وستة عشر يوما من الشهر الاخير وهذا غلط وقع من الكاتب **والصحيح انه يقال** واربعة عشر يوما لان ستة عشر يوما قد سكن فلم يبق لتمام الشهر بالايام الا اربعة عشر يوما وهكذا ذكر في بعض النسخ

وانما تسكن ستة عشر يوما اذا كان سكن اربعة عشر يوما وهو قول ابي يوسف ومحمد وجه
ما ذكرنا في الطلاق ان اسم الشهور للاهلة اذ الشهر اسم للهلال لغة الا انه لا يمكن اعتبار
الاهلة في الشهر الاول فاعتبر فيه الايام ويمكن فيما بعده فيعمل بالاصل ولان كل جزء
من اجزاء المنفعة معقود عليه لانه يتجدد ويحدث شيئا فشيئا فيصير عند تمام الشهر
الاول كانه عقد الاجارة ابتداء فيعتبر بالاهلة بخلاف العدة انه يعتبر فيها الايام على احدى
الروايتين لان كل جزء من اجزاء العدة ليس بعدة ولان العدة فيها حق الله تعالى فاعتبر فيها الزيادة
العدد احتياطا والاجارة حق العبد فلا يدخله الاحتياط وفي الرواية الاخرى ان الشهر
الاول يكمل بالايام بلا خلاف وانما يكمل بالايام من الشهر الثاني واذا كمل بالايام من الشهر الثاني
يصير اول الشهر الثاني بالايام فيكمل من الشهر الثالث هكذا الى اخر الشهور ولو قال اجرتك
هذه الدار سنة كل شهر بدرهم جاز بالاجماع لان المدة معلومة والاجرة معلومة فيجوز ولا يملك
احدهما الفسخ قبل تمام السنة ولو لم يذكر السنة فقال اجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم
جاز في شهر واحد عند ابي حنيفة وهو الشهر الذي يعقب العقد كما في بيع العين بان قال
بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم انه لا يصح الا في قفيز واحد عنده لان جملة
الشهور مجهولة فاما الشهر الاول فمعلوم وهو الذي يعقب العقد وذكر القدوري ان
الصحيح من قول ابي يوسف ومحمد انه لا يجوز ايضا وفرقا بين الاجارة وبين العين من
حيث ان كل شهر لا نهاية له فلا يكون المعقود عليه معلوما بخلاف الصبرة لانه يمكن معرفة الجملة
بالكيل وعامة مشايخنا قالوا يجوز هذه الاجارة على قولهما كل شهر بدرهم كما في بيع الصبرة
كل قفيز بدرهم وفي بيع المذروع كل ذراع بدرهم وعند ابي حنيفة لا يجوز البيع في المذروع
في الكل لا في ذراع واحد ولا في الباقي وفي المكيل والموزون يجوز في واحد ولا يجوز
في الباقي في الحال الا اذا علم المشتري جملته في المجلس لان بيع قفيز من صبرة جائز لانه
معلوم لا تفضي الى المنازعة لعدم التفاوت بين قفيز وقفيز فاما بيع ذراع من ثوب
فلا يجوز لتفاوت في اجزاء الثوب فيفضي الى المنازعة وقال الشافعي هذه الاجارة فاسدة
واعتبرها ببيع كل ثوب من هذه الاثواب بدرهم وهذا الاعتبار غير سديد لان الثياب
تختلف في انفسها اختلافا فاحشا ولا يمكن تعيين واحد منها لاختلافها فاما الشهور
فانها لا تختلف فيتعين واحد منها للاجارة عند ابي حنيفة وهو الشهر الاول لما بينا واذا
جاز في الشهر الاول لا غير عند ابي حنيفة فلكل واحد منهما ان يترك الاجارة عند تمام
الشهر الاول فاذا دخل الشهر الثاني ولم يترك احدهما انعقدت الاجارة في الشهر الثاني
لانه اذا مضى الشهر الاول ولم يترك احدهما فقد تراضيا على انعقاد العقد في الشهر الثاني
فصار كانهما جددا العقد وكذا هذا عند مضي كل شهر بخلاف ما اذا اجر شهرا وسكت
ولم يقل كل شهر لانه هناك لم يسبق منه شيء يبنى عليه العقد في الشهر الثاني ثم اختلف مشايخنا
في وقت الفسخ وكيفيته قال بعضهم اذا اهل الهلال يقول احدهما فسخت الاجارة
فاذا قال ذلك لا ينعقد في الشهر الثاني وان سكتا عنه انعقدت وقال بعضهم يفسخ احدهما
الاجارة في الحال فاذا جاء راس الشهر عمل ذلك الفسخ السابق وقال بعضهم يفسخ احدهما
ليلة الهلال او يومها وان سكتا حتى غربت الشمس من اليوم الاول انعقدت الاجارة
في الشهر الثاني وهو اصح الاقاويل ومعنى الفسخ ها هنا هو منع انعقاد الاجارة في الشهر

الثاني

الثاني لا رفع العقد الموجود من الاصل ولو استأجر دلوا او بكرة ليستقي عليه ولم يذكر المدة
لم يجز لان قدر الزمان الذي يستقي فيه الغنم غير معلوم فكان قدر المعقود عليه مجهولا
وان بين المدة جاز لانه صار معلوما ببيان المدة والله اعلم واما بيان ما يستأجر
له في هذا النوع من الاجارة اعني اجارة المنازل ونحوها فليس وهو سكنى شهرا او يوم
والله اعلم ومنها ان يكون مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا لان العقد لا يقع وسيلة الى
المقصود بدونه فلا يجوز استئجار الآبق لانه لا يقدر على استيفاء منفعته حقيقة لكونه معجوز
التسليم حقيقة ولهذا لم يجز بيعه ولا يجوز اجارة المغصوب من غير الغاصب كما لا يجوز بيعه
من غيره لما قلنا وعلى هذا يخرج اجارة المشاع من غير الشريك انها غير جائزة عند ابي حنيفة
وزفر وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي انها جائزة وجه قولهم ان الاجارة احد نوعي البيع
فيعتبر بالنوع الآخر وهو بيع العين وانه جائز في المشاع كذا هذا ولو امتنع انما يمتنع لتعذر
استيفاء منفعته بسبب الشياع والمشاع مقدور الانتفاع بالمهاياة ولهذا جاز بيعه
وكذا يجوز من الشريك في صفقة واحدة فكذا من الاجنبي والدليل عليه ان الشيوع الطارئ
لا يفسد الاجارة فكذا المقارن لان الطارئ في باب الاجارة مقارن لان المعقود عليه
المنفعة وانها تحدث شيئا فشيئا فكان كل جزء يحدث معقودا عليه مبتدأ ولابي حنيفة
ان منفعة المشاع غير مقدور الاستيفاء لان استيفاءها بتسليم المشاع والمشاع غير مقدور
التسليم بنفسه لانه اسم لسهم غير معين وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة وانما
يتصور تسليمه بتسليم الباقي وذلك غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعا واما قولهما
انه يمكن استيفاء منفعة المشاع بالتهايؤ فنقول لا يمكن على الوجه الذي يقتضيه العقد وهو
الانتفاع بالنصف في كل المدة لان التهايؤ بالزمان انتفاع بالكل في نصف المدة وذلك ليس
بمقتضى العقد والتهايؤ بالمكان انتفاع بربع المستأجر في كل المدة لان نصف هذا النصف
له بالملك ونصفه على طريق البدل عما في يد صاحبه وانه ليس بمقتضى العقد ايضا فاذا لا
يمكن تسليم المعقود عليه على الوجه الذي يقتضيه العقد اصلا وراسا فلا يكون المعقود عليه
مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا ولان تجويز هذا العقد بالمهاياة يؤدي الى الدور لانه
مهاياة الا بعد ثبوت الملك ولا ملك الا بعد وجود العقد ولا عقد الا بعد وجود شرطه
وهو القدرة على التسليم فيتعلق كل واحد بصاحبه فلا يتصور وجوده بخلاف البيع لان كون
المبيع مقدور الانتفاع ليس بشرط لجواز البيع فان بيع المهر والجحش والارض السبخة جائز
وان لم يكن منتفعا ولهذا يدخل الشرب والطريق في الاجارة من غير تسمية ولا يدخلان في البيع
الا بالتسمية لان كون المستأجر منتفعا به بنفسه شرط صحة الاجارة ولا يمكن الانتفاع بدون
الشرب والطريق بخلاف البيع واما الاجارة من الشريك فعن ابي حنيفة رحمه الله فيه
روايتان ولئن سلمنا على الرواية المشهورة فلان المعقود عليه هنالك مقدور الاستيفاء بدون
المهاياة لان منفعة كل الدار تحدث على ملك المستأجر لكن بسببين مختلفين بعضها بسبب
الملك وبعضها بسبب الاجارة وكذا الشيوع الطارئ فيه روايتان عن ابي حنيفة في رواية
تفسد الاجارة كالمقارن وفي رواية لا تفسد وهي الرواية المشهورة عنه ووجهها ان
عدم الشيوع عنده شرط جواز المقارنة لهذا العقد وليس كل ما يشترط لابتداء العقد
يشترط لبقائه كالخلو عن العدة فان العدة تمنع ابتداء العقد ولا تمنع البقاء كذا هذا وسواء
كانت الدار كلها للرجل فاجر نصفها من رجل او كانت بين اثنين فاجر احدهما نصيبه من رجل

كذا ذكر الكرخي في جامعه نصا عن ابي حنيفة ان الاجارة لا تجوز في الوجهين جميعا وذكر
ابو طاهر الدباس ان اجارة المشاع انما لا تجوز عند ابي حنيفة اذا اجر الرجل بعض ملكه
فاما اذا اجر احد الشريكين نصيبه فالعقد جائز بلا خلاف لان في الصورة الاولى تقع
المهاياة بين المستاجر وبين الموجر فتكون الدار في يد المستاجر مدة وفي يد الموجر مدة ولا بد
ان يستحق الموجر الاجر مع كون الدار في يده والمهاياة في الصورة الثانية انما تقع بين المستاجر
وبين غير الموجر وهذا لا يمنع استحقاق الاجر للجواز ان تكون الدار في يد غير المستاجر واجرتها
عليه كما لو اعارها ثم اجرها **والصحيح** ما ذكره الكرخي لان ما ذكرنا من المانع يعم الوجهين
جميعا **وسوا كان** المستاجر محتملا القسمة اولا لان المانع من الجواز لا يوجب الفصل بينهما بخلاف
الهبة فان المانع ثمة حصر المحتمل للقسمة وهو ما ذكرناه في كتاب الهبة **ولو اجر** مشاعا يحتمل
القسمة فقسم وسلم جاز لان المانع قد زال كما لو باع الجذع في السقف ثم نزع وسلم وكما لو وهب
مشاعا يحتمل القسمة ثم قسم وسلم فاذا اختصما قبل القسمة فابطل الحاكم الاجارة ثم قسم وسلم بعد
ذلك لم يجز العقد لان العقد انفسخ من الاصل بابطال الحاكم ولا يحتمل الجواز الا بالاستيناف
ويجوز اجارة الاثنين من واحد لان المنافع تدخل في يد المستاجر جملة واحدة من غير شيوع
ويستوفيها من غير مهاياة **ولو مات** احد الموجرين حتى انتقضت الاجارة في حصته لا تنتقض
في حصة الحي وان صارت مشاعة وهو الشيوع الطارئ لما ذكرنا وكذا يجوز رهن
الاثنين من واحد وهبة الاثنين من واحد لعدم الشيوع عند القبض وكذا تجوز اجارة
الواحد من اثنين لان المنافع تخرج من ملك الاجر جملة واحدة من غير شياع ثم يثبت الشياع
لضرورة تفرق ملكيهما في المنفعة وانه يوجب قسمة المنافع بالتهايي فينعدم الشيوع ولو
مات احد المستاجرين حتى انتقضت الاجارة في حصته تبقى في حصة الحي كما كانت ويجوز
رهن الواحد من اثنين ايضا لان الرهن شرع وثيقة بالدين فجميع الرهن يكون وثيقة لكل
واحد من المرتهنين الا ترى انه اذا قضى الراهن دين احدهما لم يكن له ان ياخذ بعض الرهن
واما هبة الواحد من اثنين فانما لا تجوز عند ابي حنيفة لان الملك في باب الهبة يقع بالقبض
والشيوع ثابت عند القبض وانه يمنع من القبض فيمنع من وقوع الملك على ما ذكرنا في كتاب
الهبة **ولو استاجر** ارضا فيها زرع للاجر او شجر او قصب او كرم او ما يمنع من الزراعة لم يجز
لانها مشغولة بمال الموجر فلا يتحقق تسليمها فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء
وكذا لو استاجر ارضا فيها رطبة فالاجارة فاسدة لانه لا يمكن تسليمها الا بضرر وهو قطع
الرطبة ولا يجبر على الاضرار بنفسه فلم تكن المنفعة مقدور الاستيفاء شرعا فلم يجز كما لو اشترى
جذعا في سقف فان قلع رب الارض فقال للمستاجر اقبض الارض فقبضها فهو جائز لان المانع
قد زال فصار كمشتري الجذع في السقف اذا نزعه البايع وسلمه الى المشتري فان اختصما قبل ذلك
فابطل الحاكم الاجارة ثم قلع الرطبة بعد ذلك لم يصح العقد لان العقد قد بطل بابطال
الحاكم فلا يحتمل العود وان مضى في مدة الاجارة يوما او يومان قبل ان يختصما ثم قلع الرطبة
فالمستاجر بالخيار ان شاء قبضها في ملك الاجارة وطرح عنه ما لم يقبض وان شاء لم يقبض
فرق بين هذا وبين الدار اذا لم يسلمها الموجر في بعض المدة ان المستاجر لا يكون له خيار
الترك **ووجه الفرق** ان المقصود من اجارة الارض من الزراعة والزراعة لا تمكن في جميع
الاوقات بل في بعض الاوقات دون بعض وتختلف بالتقديم والتاخير فالمدة المذكورة
ربما ينقسم بعضها على بعض ويكون الكل كمدة واحدة واذا مضى بعضها فقد تغير على صفة العقد

لاختلاف

لاختلاف المقصود فكان له الخيار بخلاف اجارة الدار لان المقصود منها السكنى
فلا يثبت الخيار **ولو اشترى** الطرفان ثم استاجر الارض لبقيته ذلك لم تجز الاجارة
لان اصل الرطبة ملك الموجر فكانت الارض مشغولة بمال الموجر واستيجار بقعة
مشغولة بمال الموجر لا يصح لان كونها مشغولة بمال يمنع التسليم فيمنع استيفاء المعقود
عليه كاستيجار الارض فيها زرع الموجر **ولو اشترى** الرطبة باصلها ليقلعها ثم استاجر الارض
مدة معلومة لبقيتها جاز لان الارض هاهنا مشغولة بمال المستاجر فذلك لا يمنع الاجارة
كما لو استاجر ما هو في يده وكذلك اذا اشترى شجرة فيها ثمرة بثمرتها على ان يقلعها ثم استاجر
الارض لبقائها فيها جاز لما قلنا قال محمد رحمه الله وان استعار الارض في ذلك كله فهو جائز
لان المالك بالاعارة اباح الانتفاع بملكه فيجوز **وعلى هذا** ايضا يخرج ما ذكرنا من
استيجار النحل للانزا واستيجار الكلب المعلم والبازي المعلم للاصطياد انه لا يجوز لان
المنفعة المطلوبة منه غير مقدور الاستيفا اذ لا يمكن اجبار النحل على الضراب والانزال
ولا اجبار الكلب والبازي على الصيد فلم تكن المنفعة التي هي مقصود عليها مقدور الاستيفا
في حق المستاجر فلم يجز **وعلى هذا** ايضا يخرج استيجار الانسان للبيع والشرا انه لا يجوز لان
البيع والشرا لا يتم بواحد بل بالبايع والمشتري فلا يقدر الاجير على ايفاء المنفعة بنفسه
فلا يقدر المستاجر على الاستيفا فصار كما لو استاجر رجلا ليحمل خشبة بنفسه وهو لا يقدر
على حملها بنفسه ولو ضرب لذلك مدة بان استاجره شهرا ليبيع له ويشتري جاز لما مر
وعلى هذا يخرج الاستيجار على تعليم القرآن والصنايع انه لا يجوز لان الاجير لا يقدر على ايفا
العمل بنفسه فلا يقدر المستاجر على الاستيفا وان شئت افردت لجنس هذه المسايل شرطا
فقلت ومنها ان يكون العمل المستاجر له مقدور الاستيفا من العامل بنفسه ولا يحتاج فيه
الى غيره وخرجت المسايل عليه والاول اقرب الى الصناعة فافهم **وعلى هذا** يخرج الاستيجار
لكتابة الغنا والنوح انه لا يصح لانه استيجار على منفعة غير مقدور الاستيفا شرعا كاستيجار
الانسان للعب واللهو كاستيجار المغنية والنايحة للغنا والنوح بخلاف الاستيجار لكتابة
الغنا والنوح انه جايز لان الممنوع عنه نفس الغنا والنوح لا كتابتهما وكذا لو استاجر رجلا
ليقتل رجلا او ليسجنه او ليضربه ظلما وكذا كل اجارة وقعت لمظلمة لانه استيجار لفعل المعصية
فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفا شرعا فان كان ذلك بحق بان استاجر انسانا لقطع
عضو جاز لانه مقدور الاستيفا لان محله معلوم فيمكنه ان يضع السكين عليه فيقطعه وان
استاجره لقصاص في النفس لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف ويجوز عند محمد هو يقول
استيفاء القصاص بطريق مشروع هو حز الرقبة والرقبة معلومة فكان المعقود عليه
مقدور الاستيفا فاشبه الاستيجار لذبح الشاة وقطع اليد وهما يقولان ان القطع يجري
العنق يقع على سبيل التجافي عن المضروب فربما يصيب العنق وربما يعدل عنه الى غيره فان
اصاب كان مشروعا وان عدل كان محظورا لانه يكون مثلة وانها غير مشروعة بخلاف الاستيجار
على تشقيق الحطب لانه وان كان يقع ذلك على سبيل التجافي فكله مباح وهاهنا بخلافه فلم يكن
هذا النوع من المنفعة مقدور الاستيفا وليس كذلك القطع والذبح لان القطع يقع بوضع
السكين على موضع معلوم من اليد وهو المفصل وامراره عليه وكذلك الذبح فهو العروق ولو
استاجر ذمي من مسلم بيعة ليصلي فيها لم يجز لانه استيجار لفعل المعصية وكذا لو استاجر ذمي من ذمي

لما قلنا ولو استاجر الذمي دارا من مسلم واراد ان يصلي فيها بغير جماعة او يتخذها
مصلي للعامة فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم ولو استاجر ذمي مسلما ليخدمه ذكر في الاصل
انه يجوز واكره للمسلم خدمة الذمي اما الكراهة فلان الاستخدام استذلال فكانت اجارة
المسلم نفسه منه اذلالا لنفسه وليس للمسلم ان يذل نفسه خصوصا بخدمة الكافر واما
الجواز فلانه عقد معاوضة فيجوز كالبيع وقال ابو حنيفة اكره ان يستاجر الرجل امراة حرة
يستخدمها ويخلو بها وكذلك الامة وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اما
الخلوة فلان الخلوة بالمراة الاجنبية معصية واما الاستخدام فلانه لا يؤمن معه الاطلاع
عليها والوقوع في المعصية ويجوز الاستيجار لنقل الميتات والجيف والنجاسات لان فيه دفع
اذيتها عن الناس فلو لم يجز لتضرر بها الناس وقال ابن رستم عن محمد انه قال لا باس باجرة
الكناس ارايت لو استاجر ليخرج حمارا ميتا اما يجوز ذلك ويجوز الاستيجار على نقل
الميت الكافر الى المقبرة لانه جيفة فيدفع اذيتها عن الناس كسائر الانجاس واما الاستيجار
على نقله من بلد الى بلد فقد قال محمد رحمه الله ابتلينا بمسئلة ميت مات من المشركين
فاستاجروا من يحمله الى موضع يدفن فيه غير الموضع الذي مات فيه اراد بذلك اذا
استاجروا من ينقله من بلد الى بلد فقال ابو يوسف لا اجر له وقلت انا ان كان الحمال
الذي حمله يعلم انه جيفة فلا اجر له وان لم يعلم فله الاجر وجه قول محمد ان الاجير اذا علم
انه جيفة فقد نقل ما لا يجوز له نقله فلا يستحق الاجر واذا لم يعلم فقد غروه بالتسمية والغرور
يوجب الضمان ولابي يوسف ان الاصل ان لا يجوز نقل الجيفة وانما رخص في نقلها للضرورة
ومست ضرورة دفع اذيتها ولا ضرورة في النقل من بلد الى بلد فبقي على اصل الحرمة كنقل الميتة
من بلد الى بلد ومن استاجر حمالا يحمل له الخمر فله الاجر في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
لا اجر له وعند الشافعي هذه الاجارة جائزة واذا حمل له الاجر وجه قوله ان الناجر
بايع نصف منفعة الحمل الشايع من شريكه لان الاجارة بيع المنفعة فيصح في الشايع كبيع
العين وهذا لان عمله وهو الحمل وان صادف محلا مشتركا وهو لا يستحق الاجرة بالعمل في
نصيب نفسه مستحقها بالعمل في نصيب شريكه ولنا انه اجر ما لا يقدر على ايفائه لتعذر
تسليم الشايع بنفسه فلم يكن المعقود عليه مقدور الاستيفاء وانما لا يجب الاجر اصلا لانه
لا يتصور استيفاء المعقود عليه اذ لا يتصور حمل نصف الطعام شايعا ووجوب اجر المثل
يقف على استيفاء المعقود عليه ولم يوجد فلا يجب بخلاف ما اذا استاجر من رجل بيتا
ليضع فيه طعاما مشتركا بينهما او سفينة او جوالقا ان الاجارة جائزة لان التسليم ثمة يتحقق
بدون الوضع بدليل انه لو سلم السفينة والبيت والجوالق ولم يضع وجب الاجر وها هنا
لا يتحقق بدون العمل وهو الحمل والشايع غير مقدور الحمل بنفسه وذكر ابن سماعة عن محمد في طعام
بين رجلين ولاحدهما سفينة واراد ان يخرجا الطعام من عندهما الى بلد اخر فاستاجر احدهما
نصف سفينة صاحبه او ارادا ان يطحنا الطعام فاستاجر احدهما نصف الرحا الذي لشريكه
او استاجر انصاف جوالقه ليحمل عليها الطعام الى مكة فهو جائز وهذا على قول من يجيز اجارة
المشاع والاصل ان كل موضع لا يستحق فيه الاجرة الا بالعمل لا يجوز الاجارة فيه على العمل في محل
مشترك وما يستحق فيه الاجرة من غير عمل يجوز الاجارة فيه بوضع العين المشتركة في المستاجرة
وفقه هذا الاصل ما ذكرنا ان ما لا يجب الاجرة فيه الا بالعمل فلا بد من امكان ايفاء العمل ولا

يمكن

يمكن في العين المشتركة فلا يكون المعقود عليه مقدور التسليم فلا يكون مقدور الاستيفاء
فلم تجز الاجارة وما لا يقف وجوب الاجرة فيه على العمل كان المعقود عليه مقدور التسليم والاستيفا
بدون [illegible] الاجارة وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر رجلا على ان يكيل له طعاما بعينه الى مكان
معلوم بقفيز منه او استاجر غلاما او دابة على ذلك انه لا يصح لانه لو صح لبطل من حيث
صح لان الاجير يصير شريكا باول جزء من العمل وهو الحمل فكان عمله بعد ذلك فيما هو شريك فيه
وذا لا يجوز لما بينا واذا حمل فله اجر مثله لانه استوفى المنافع بعقد فاسد فيجب اجر المثل
ولا يتجاوز به قفيزا لان الواجب في الاجارات الفاسدة الاقل من المسمى ومن اجر المثل لما نذكر
في بيان حكم الاجارة الفاسدة ان شاء الله تعالى ومنها ان لا يكون العمل المستاجر له فرضا
ولا واجبا قبل الاجارة فان كان فرضا او واجبا قبل الاجارة لم تصح الاجارة لان من اتى
بعمل مستحق عليه لا يستحق الاجرة كمن قضى دينا عليه ولهذا قلنا ان الثواب على العبادات والقرب
والطاعات افضال من الله تعالى غير مستحق عليه لان وجوبها على العبد بحق العبودية لمولاه
لان خدمة المولى على العبد مستحقة وبحق الشكر للنعم السابقة لان شكر النعمة واجب عقلا
وشرعا ومن قضى حقا مستحقا عليه لغيره لا يستحق قبله الاجرة كمن قضى دينا عليه في الشاهد
وعلى هذا يخرج الاستيجار على الصوم والصلوة والحج انه لا يصح لانها فروض الاعيان
ولا يصح الاستيجار على تعليم العلم لانه فرض عين ولا على تعليم القران عندنا وقال الشافعي
الاجارة على تعليم القران جائزة لانه استيجار لعمل معلوم ببدل معلوم فيجوز ولنا ان الاستيجار
لعمل مفروض فلا يجوز كالاستيجار للصوم والصلاة ولانه غير مقدور الايفاء في حق الاجير
لتعلقه بالمتعلم فاشبه الاستيجار لحمل خشبة لا يقدر على حملها بنفسه وقد روي ان
ابي بن كعب رضي الله عنه اقرا رجلا فاعطاه قوسا فسال النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك
فقال اتحب ان يقوسك الله تعالى بقوس من نار فقال لا فقال عليه السلام فرده ولان
الجهاد لانه فرض عين عند عموم النفير وفرض كفاية في غير تلك الحالة واذا شهد الوقعة
متعين عليه فيقع عن نفسه وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل من يغزو امتي
وياخذ الجعل عليه كام موسى ترضع ولدها وتاخذ عليه اجرا ولا على الاذان والاقامة لانها
واجبة وقد روي عن عثمان بن ابي العاص الثقفي انه قال اخر ما عهد الي رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان اصلي بالقوم صلاة اضعفهم وان اتخذ مؤذنا لا ياخذ على الاذان اجرا ولان الاستيجار
على الاذان والاقامة والامامة وتعليم العلم والقران سبب لتنفير الناس عن الصلاة
بجماعة وعن تعلم العلم والقران لان ثقل الاجر يمنعهم عن ذلك والى هذا اشار الرب جل جلاله
وعلا في قوله ام تسالهم اجرا فهم من مغرم مثقلون فيؤدي الى الرغبة عن هذه الطاعات
وهذا لا يجوز وقال تعالى وما اسالكم عليه من اجر اي على ما ابلغ اليكم اجرا وهو كان يبلغ بنفسه
وبغيره بقوله الا فليبلغ الشاهد الغائب فكان كل معلم مبلغا فاذا لم يجز له اخذ الاجر على ما
يبلغ بنفسه لما قلنا فكذا لمن يبلغ بامره لان ذلك تبليغ معنى ويجوز الاستيجار على تعليم
اللغة والادب لانه ليس بفرض ولا واجب وكذا الاستيجار على غسل الميت ذكره في الفتاوى
لانه واجب ويجوز الاستيجار على حفر القبور واما على حمل الجنازة فذكر في بعض الفتاوى
انه جائز على الاطلاق وفي بعضها انه ان كان يوجد غيرهم يجوز وان كان لا يوجد غيرهم لا يجوز
لان الحمل عليهم واجب وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر الرجل اباه وهو حر بالغ ليخدمه انه

لا يجوز لان خدمة الاب الحر واجبة على الابن الحر فان كان الولد عبدا والاب حرا فاستاجر
ابيه من مولاه جاز لانه اذا كان عبدا لا يجب عليه خدمة الاب وكذلك ان كان الابن مكاتبا
لانه لا يلزمه خدمة ابيه فكان كالاجنبي **ولو استاجر** امراته لتخدمه كل شهر باجر مسمى لم يجز
لان خدمة البيت عليها فيما بينها وبين الله تعالى لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال
بين علي وفاطمة فجعل ما كان داخل البيت على فاطمة وما كان خارج البيت على علي رضي الله عنهما
فكان هذا استيجارا على عمل واجب ولا يجوز استيجار الزوجة على رضاع ولده منها لان ذلك
استيجار على خدمة الولد واما اللبن يدخل فيه تبعا على ما ذكرنا فكان استيجارا على امر عليها
فيما بينها وبين الله تعالى ولان الزوجة مستحقة النفقة على زوجها واجرة الرضاع تجري
مجرى النفقة فلا تستحق نفقتين على زوجها حتى لو كان للولد مال فاستاجرها لارضاع ولدها
منه من مال الولد جاز كذا روى ابن رستم عن محمد لانه لا نفقة لها على الولد فلا يكون فيه استحقاق
نفقتين ولو استاجر لولده من ذوات الرحم المحرم اللاتي لهن حضانته لانه ليس عليهن خدمة
البيت ولا نفقة لهن على اب الولد ويجوز استيجار الزوجة لارضاع ولده من غيرها لانه ليس عليها
خدمة ولده من غيرها **ولو استاجر** على رضاع ولده خادم امه فخادمها كمن لها فما جاز فيها جاز في خادمها
وما لم يجز فيها لم يجز في خادمها لانها هي المستحقة لنفقة خادمها فصار كنفقتها وكذا مدبرتها
لانها تملك منافعها فان استاجر مكاتبتها جاز لانها لا تملك منافع المكاتبة فكانت كالاجنبية
ولو استاجرت المراة زوجها ليخدمها في البيت باجر مسمى فهو جائز لان خدمة البيت غير
واجبة على الزوج فكان هذا استيجارا على امر غير واجب على الاجير وكذلك لو استاجرته
لرعي غنمها لان رعي الغنم لا يجب على الزوج وان شئت عبرت عن هذا الشرط فقلت ومنها
ان لا ينتفع الاجير بعمله فان كان ينتفع به لم يجز لانه حينئذ يكون عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر
ولهذا قلنا ان الثواب على الطاعات من طريق الافضال لا الاستحقاق لان العبد فيما يعمله من
القربات والطاعات عامل لنفسه قال الله تعالى من عمل صالحا فلنفسه ومن عمل لنفسه لا يستحق
الاجر على غيره وعلى هذه العبارة ايضا يخرج الاستيجار على الطاعات فرضا كانت او واجبة
او تطوعا لان الثواب موعود للمطيع على الطاعة فينتفع الاجير بعمله فلا يستحق الاجرة **وعلى هذا**
يخرج ما اذا استاجر رجلا ليطحن له قفيزا من حنطة بربع من دقيقها او ليعصر له قفيزا من سمسم
بجزء معلوم من دهنه انه لا يجوز لان الاجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر فيكون عاملا لنفسه وقد
روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان **ولو دفع** الى حائك غزلا لينسجه
بالنصف فالاجارة فاسدة لان الحائك ينتفع بعمله وهو الحياكة وكذا هو في معنى قفيز الطحان
فكان الاستيجار عليه منهيا واذا حاك فللحائك اجر مثل عمله لاستيفائه المنفعة باجارة فاسدة
وبعض مشايخنا جوز هذه الاجارة وهو محمد بن سلمة ونصر بن يحيى **ومنها** ان تكون المنفعة
مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة ويجري بها التعامل بين الناس لانه عقد شرع بخلاف
القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل للناس فيه فلا يجوز استيجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها
او للاستظلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر واذا اشترى ثمرة شجرة ثم استاجر الشجرة
لتبقية ذلك فيه لم يجز لانه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة وهو تبقية الثمر عليها فلم تكن
منفعة مقصودة عادة وكذا لو استاجر الارض التي فيها ذلك الشجر لان الشجر يصير مستاجرا باستيجار
الارض ولا يجوز استيجار الشجر وقال ابو يوسف اذا استاجر ثيابا ليبسطها في بيت ليزين بها ولا

يجلس عليها فالاجارة فاسدة لان بسط الثياب من غير استعمال ليس بمنفعة مقصودة عادة
وقال عمرو عن محمد في رجل استاجر دابة ليجنبها يتزين بها فلا اجر عليه لان قود الدابة للتزين
ليس بمنفعة مقصودة **ولا يجوز** استيجار الدراهم والدنانير ليزين الحانوت ولا استيجار
العود والمسك وغيرهما من المشمومات للشم لانه ليس بمنفعة مقصودة الا ترى انه لا يعتاد
استيفاؤها بعقد الاجارة والله الموفق **واما** الذي يرجع الى محل المعقود عليه فنحو
ان يكون مقبوض المؤاجر اذا كان منقولا فان لم يكن في قبضه فلا تصح اجارته لنهي النبي صلى
الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض والاجارة نوع بيع فيدخل تحت النهي ولان فيه غرر انفساخ
العقد لاحتمال هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ البيع فلا تجوز الاجارة وقد نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وان لم يكن منقولا فهو على الاختلاف المعروف في بيع العقار
انما تجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا تجوز عند محمد وقيل الاجارة لا تجوز بالاجماع
الذي يرجع الى ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة فالاجرة في الاجارات معتبرة بالثمن في البياعات
لان كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال فما يصلح ثمنا في البياعات يصلح اجرة في
الاجارات وما لا فلا وهو ان تكون الاجرة مالا متقوما معلوما وغير ذلك مما ذكرناه
في كتاب البيوع **والاصل** في شرط العلم بالاجرة قول النبي صلى الله عليه وسلم من استاجر
اجيرا فليعلمه اجره والعلم بالاجرة لا يحصل الا بالاشارة والتعيين او بالبيان وجملة
الكلام فيه ان الاجرة لا تخلو اما ان كانت شيئا بعينه واما ان كانت بغير عينه فان كانت بعينه فانه
يصير معلوما بالاشارة ولا يحتاج فيه الى ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر سواء كانت
مما يتعين بالتعيين او مما لا يتعين كالدراهم والدنانير ويكون تعيينها كناية عن ذكر الجنس
والنوع والصفة والقدر على اصل اصحابنا الا ان القدر الى اذا كان مما له حمل ومؤنة يحتاج
الى بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة وان كانت بغير عينه فان كان مما يثبت دينا في الذمة
في المعاوضات المطلقة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والعدديات
المتقاربة والثياب لا يصير معلوما الا ببيان الجنس والنوع من ذلك الجنس والصفة والقدر
الا ان في الدراهم والدنانير اذا لم يكن في البلد الا نقد واحد ووزن واحد لا يحتاج فيها
الى ذكر النوع والوزن ويكتفى بذكر الجنس ويقع على نقد البلد ووزن البلد وان كان
في البلد نقود مختلفة يقع على النقد الغالب وان كان فيه نقود غالبة لا بد من البيان فان لم يبين
فسد العقد ولا بد من بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد لا يشترط ذلك ويتعين مكان العقد للايفاء وقد ذكرنا المسئلة في كتاب البيوع وهل
يشترط الاجل في المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لا يشترط لان هذه الاشياء
كما تثبت دينا في الذمة بطريق السلم تثبت دينا في الذمة مطلقا لا بطريق السلم بل
بالقرض فكان لثبوتها اجلان فان ذكر الاجل جاز وثبت الاجل كالسلم وان لم يذكر جاز
كالقرض **واما** في الثياب فلا بد من الاجل لانها لا تثبت دينا في الذمة الا مؤجلا فكان
لثبوتها اجل واحد وهو السلم فلا بد فيها من الاجل كالسلم وان كان مما لا يثبت دينا في الذمة
في عقود المعاوضات المطلقة كالحيوان فانه لا يصير معلوما بذكر الجنس والنوع والصفة
والقدر الا ترى انه لا يصلح ثمنا في البياعات فلا يصلح اجرة في الاجارات وحكم التصرف
في الاجرة قبل القبض اذا وجبت في الذمة حكم التصرف في الثمن قبل القبض اذا كان دينا

وقد بينا ذلك في كتاب البيوع واذا لم يجب بان لم يشترط فيها التعجيل فحكم التصرف فيها نذكره
في بيان حكم الاجارة ان شاء الله تعالى **وما كان** منها عينا مشارا اليها فحكمها حكم الثمن اذا كان
عينا حتى لو كان منقولا لا يجوز التصرف فيه قبل القبض وان كان عقارا فعلى الاختلاف
المعروف في البيوع انه يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز وهي من
مسايل البيوع **ولو استاجر** عبدا باجر معلوم وبطعامه او استاجر دابة باجر معلوم
وبعلفها لم يجز لان الطعام والعلف يصير اجرة وهو مجهول فكانت الاجرة مجهولة والعقد
في استيجار الظير بطعامها وكسوتها انه لا يجوز وهو قول ابي يوسف ومحمد لجهالة الاجرة
وهي الطعام والكسوة الا ان ابا حنيفة رحمه الله استحسن الجواز بالنص وهو قوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف من غير فصل فيما اذا كانت الوالدة منكوحة
او مطلقة وقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك اي الرزق والكسوة وذلك يكون بعد
موت المولود له وقوله تعالى وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم
ما اتيتم بالمعروف نفي الجناح عن الاسترضاع مطلقا وقولهما الاجرة مجهولة مسلم لكن الجهالة
لا تمنع صحة العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة وجهالة الاجرة في هذا الباب لا تفضي
الى المنازعة لان العادة جرت بالمسامحة مع الاظآر والتوسع عليهن شفقة على الاولاد
فاشبهت جهالة القفيز من الصبرة **ولو استاجر** دارا باجرة معلومة وشرط الاجر تطيين
الدار ومرمتها او تعليق باب عليها او ادخال جذع في سقفها على المستاجر فالاجارة فاسدة
لان المشروط يصير اجرة وهو مجهول فتصير الاجرة مجهولة وكذا اذا اجر ارضا وشرط كري
نهرها او حفر بيرها او ضرب مسناة عليها لان ذلك كله على المواجر فاذا شرط على المستاجر
فقد جعله اجرة وهو مجهول فصارت الاجرة مجهولة **ومنها** ان لا تكون الاجرة مجهولة
منفعة هي من جنس المعقود عليه كاجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة والركوب
بالركوب والزراعة بالزراعة حتى لا يجوز شيء من ذلك عندنا وعند الشافعي هذا ليس
بشرط ويجوز هذه الاجارة واذا كانت الاجرة من خلاف الجنس جاز كاجارة السكنى بالخدمة
والخدمة بالركوب ونحو ذلك والكلام فرع الكلام في كيفية انعقاد هذا العقد فعندنا
ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنفعة فلم يكن كل واحد من المنفعتين معينة بل هي
معدومة وقت العقد لانها تفعلا ما يستحق عليهما من غير اجارة والنهاية من شرط جوازها
ان يقع على المنافع المطلقة فاما ان يعين احد الشريكين على الاخر المنفعة فلا يجوز واما
واما الذي يرجع الى ركن العقد فخلوه عن شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه حتى لو اجر
داره على ان يسكنها شهرا ثم يسلمها الى المستاجر او ارضا على ان يزرعها ثم يسلمها اليه او دابة
على ان يركبها شهرا او ثوبا على ان يلبسه شهرا ثم يسلم الى المستاجر فالاجارة فاسدة
لان هذا شرط لا يقتضيه العقد وانه شرط لا يلايم العقد وزيادة منفعة مشروطة
في العقد لا يقابلها عوض في معاوضة المال بالمال يكون ربوا او فيها شبهة الربوا
وكل ذلك مفسد للعقد **وقوله** ايضا يخرج شرط تطيين الدار واصلاح ميزابها وما وهي
منها واصلاح بيت الماء والبالوعة والمخرج وكري الانهار في اجارة الارض وطعام
العبد وعلف الدابة في اجارة العبد والدابة ونحو ذلك لان ذلك شرط يخالف
مقتضى العقد ولا يلايمه وفيه منفعة لاحد العاقدين وذكر في الاصل انه اذا استاجر

دارا مدة

دارا مدة معلومة باجرة مسماة على ان لا يسكنها فالاجارة فاسدة ولا اجر على المستاجر ان لم
يسكنها وان سكنها فعليه اجر مثلها لا ينقص مما سمى **اما** فساد العقد فظاهر لان
شرط ان لا يسكن شرط نفي موجب العقد وهو الانتفاع بالمعقود عليه وانه شرط يخالف مقتضى
العقد ولا يلايم العقد فكان شرطا فاسدا **واما** عدم وجوب الاجر اصلا اذا لم يسكن
ووجوب اجر المثل ان سكن فظاهر ايضا لان اجر المثل في الاجارات الفاسدة انما يجب باستيفاء
المعقود عليه لا بنفس التسليم وهو التخلية كما في النكاح الفاسد لان التخلية هي التمكين ولا تتحقق
مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فاشبه المنع الحسي من العباد وهو الغصب بخلاف
الاجارة الصحيحة لانه لا منع هناك فتحقق التسليم فلئن لم ينتفع به المستاجر فقد اسقط حق
نفسه في المنفعة فلا يسقط حق الاجر في الاجر واذا سكن فقد استوفى المعقود عليه بعقد فاسد
وانه يوجب اجر المثل **واما قوله** لا ينقص من المسمى ففيه اشكال لانه قد صح من مذهب اصحابنا
الثلثة ان الواجب في الاجارة الفاسدة بعد استيفاء المعقود عليه الاقل من المسمى ومن اجر
المثل اذا كان الاجر مسمى وقد قال في هذه المسألة انه لا ينقص من المسمى من المشايخ من قال
المسألة ما وله وتاويلها انه لا ينقص من المسمى اذا كان اجر المثل والمسمى واحدا ومنهم من
اجرى الرواية على ظاهرها فقال لان العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط
المستاجر ان لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لما ذكرنا انه لا يتحقق مع فساد العقد فاذا سكن
فقد استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب اجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا لم يكن في العقد
تسمية اصلا الا انه قال لا ينقص من المسمى لان المستاجر رضي بالمسمى بدون الانتفاع
فعند الانتفاع اولى **ولو اجر** داره او ارضه او عبده او دابته وشرط تسليم المستاجر جاز
لان تسليم المستاجر من مقتضيات العقد الا ترى انه ثبت بدون الشرط فكان هذا شرطا
مقررا مقتضى العقد لا مخالفا له فصار كما لو اجره على ان يملك المستاجر منفعة المستاجر
ولو اجر بشرط تعجيل الاجرة وشرط على المستاجر ان يعطيه بالاجرة رهنا او كفيلا جاز اذا كان
الرهن معلوما والكفيل حاضرا لان هذا شرط يلايم العقد وان كان لا يقتضيه لما ذكرنا في البيوع
فيجوز كما في بيع العين **واما شرط** اللزوم فنوعان نوع هو شرط انعقاد العقد لازما من
الاصل ونوع هو شرط بقايه على اللزوم **اما الاول** فانواع منها ان يكون العقد صحيحا لان
العقد الفاسد غير لازم بل هو مستحق النقض والفسخ رفعا للفساد حقا للشرع فضلا عن الجواز
ومنها ان لا يكون بالمستاجر عيب وقت العقد او وقت القبض يخل بالانتفاع به فان كان
لم يلزم العقد حتى قالوا في العبد المستاجر للخدمة اذا ظهر انه سارق له ان يفسخ الاجارة
لان السلامة مشروطة دلالة فيكون كالمشروط نصا كما في بيع العين **واما الثاني** ان يكون المستاجر
مرئي المستاجر حتى لو استاجر دارا لم يرها ثم رآها فلم يرض بها له ان يردها لان الاجارة بيع
المنفعة فيثبت فيها خيار الروية كما في بيع العين فان رضي بها بطل خياره كما في بيع العين
واما الثاني فنوعان احدهما سلامة المستاجر عن حدوث عيب يخل بالانتفاع به فان حدث
به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازما حتى لو استاجر عبدا يخدمه او دابة يركبها او دارا
يسكنها فمرض العبد او عرجت الدابة او انهدم بعض بناء الدار فالمستاجر بالخيار ان شاء مضى
على الاجارة وان شاء فسخ بخلاف البيع والمنافع تحدث شيئا فشيئا فكان كل جزء من اجزاء
المنافع معقودا عليه مبتدا فاذا حدث العيب بالمستاجر كان هذا عيبا حدث بعد العقد

قبل القبض وهذا يوجب الخيار في بيع العين كذا في الاجارة فلا فرق بينهما من حيث المعنى
واذا ثبت الخيار للمستاجر فان لم يفسخ ومضى على ذلك الى تمام المدة فعليه كمال الاجر لانه
رضي بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل كما في بيع العين اذا اطلع المشتري على عيب فرضي
به وان زال العيب قبل ان يفسخ بان صح العبد وزال العرج عن الدابة وبنى المواجر ما سقط من الدار
بطل خيار المستاجر لان الموجب للخيار قد زال والعقد قائم فيزول الخيار هذا اذا كان العيب
مما يضر بالانتفاع بالمستاجر فان كان لا يضر بالانتفاع به بقي العقد لازما ولا خيار للمستاجر
كالعبد المستاجر اذا ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة او سقوط شعره او سقط من الدار
المستاجرة حائط لا ينتفع به في سكناها لان العقد ورد على المنفعة لا على العين اذ الاجارة
بيع المنفعة لا بيع العين ولا نقصان في المنفعة بل في العين والعين غير معقود عليها في باب
الاجارة وتعيب غير المعقود عليه لا يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع
لانه اذا كان لا يضر بالانتفاع فالنقصان يرجع الى المعقود عليه فاوجب الخيار فله ان يفسخ ثم انما يلي
الفسخ اذا كان المواجر حاضرا فان كان غايبا فحدث بالمستاجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستاجر
ان يفسخ لان فسخ العقد لا يجوز الا بحضور العاقدين او من يقوم مقامهما وقال هشام عن محمد في
رجل استاجر ارضا سنة يزرعها شيا ذكره فزرعها فاصاب الزرع افة من برد او غيره
فذهب به وقد مضى من الوقت ما لا يقدر على زراعة ذلك النوع فلا يقدر ان يزرع قال ان اراد ان يزرع غيره
مما ضرره على الارض اقل من ضرره او مثل ضرره فله ذلك وان فسخت عليه الاجارة والزمته اجر
ما مضى لانه اذا عجز عن زراعة ذلك النوع كان استبقاء الاجارة اضرارا به واذا نقص
الماء عن الرحا حتى صار يطحن اقل من نصف طحنه فذلك عيب لانه لا يقدر على استيفاء
العقد الا بضرر وهو نقصان الانتفاع ولو انهدمت الدار كلها او انقطع الشرب عن الارض
فقد اختلفت اشارة الروايات فيه ذكر في بعضها ما يدل على ان العقد ينفسخ فانه ذكر في
اجارة الاصل اذا سقطت الدار كلها فله ان يخرج كان صاحب الدار شاهدا او غايبا فهذا
دليل الانفساخ حيث جوز للمستاجر الخروج من الدار مع غيبة المواجر ولو لم ينفسخ لوقف جواز
الفسخ على حضوره والوجه فيه ان المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت بالسقوط اذ المطلوب
منها الانتفاع بالسكنى وقد بطل ذلك فقد هلك المعقود عليه فينفسخ العقد وذكر في بعضها
ما يدل على ان العقد لا ينفسخ لكن يثبت حق الفسخ فانه ذكر في كتاب الصلح اذا صالح على
سكنى دار فانهدمت لم ينفسخ الصلح وروى هشام عن محمد فيمن استاجر بيتا وقبضه
ثم انهدم فبناه الاجر فقال المستاجر بعد ما بناه لا حاجة لي فيه قال محمد ليس للمستاجر
ذلك وكذلك لو قال المستاجر اخذه وابى الاجر ليس للاجر ذلك وهذا يجري مجرى
النص على ان الاجارة لم تنفسخ ووجهه ان الدار بعد الانهدام بقيت منتفعا بها منفعة
السكنى في الجملة بان يضرب بها خيمة فلم يفت المعقود عليه راسا فلا ينفسخ العقد على ان
ان فات كله لكن فات على وجه يتصور عوده وهذا يكفي لبقاء العقد كمن اشترى عبدا فابق
قبل القبض والاصل فيه ان العقد المنعقد بيقين يبقى لتوهم الفايدة لان الثابت بيقين لا يزال
بالشك كما ان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك وذكر القدوري وقال الصحيح ان العقد
ينفسخ لما ذكرنا ان المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت وضرب الخيمة في الدار ليس منفعة
مطلوبة من الدار عادة فلا يعتبر بقاؤه لبقاء العقد وقال فيما ذكره محمد في البيت اذا بناه

المواجر انه لما بناه تبين ان العقد لم ينفسخ حقيقة وان حكم بفسخه ظاهرا فيجبر على التسليم
والقبض وليس يمتنع الحكم بانفساخ عقد في الظاهر مع التوقف في الحقيقة كمن اشترى
شاة فماتت في يد البايع فدبغ جلدها انه يحكم ببقاء العقد بعد الحكم بانفساخه ظاهرا
بموت الشاة كذا ههنا واذا بقي العقد يجبر على التسليم والتسلم وقبل البنا لا يعلم ان
العقد لم ينفسخ حقيقة فيجب العمل بالظاهر وذكر محمد رحمه الله في السفينة اذا نقضت
وصارت الواحا ثم بناها المواجر انه لا يجبر على تسليمها الى المستاجر لان الاصل فيها الصناعة
وهي التركيب والالواح تابعة للصناعة بدليل ان من غصب خشبة فعملها سفينة ملكها فكان
تركيب الالواح بمنزلة اتخاذ سفينة اخرى فلم يجبر على تسليمها الى المستاجر بخلاف الدار
لان عرصة الدار ليست تابعة للبناء بل العرصة فيها اصل فاذا بناها فقد بقي تلك الدار بعينها
فيجبر على التسليم وقال محمد فيمن استاجر رحا ما سنة فانقطع الماء بعد ستة اشهر فامسك
الرحا حتى مضت السنة فعليه الاجرة لستة اشهر الماضية ولا شي عليه لما بقي لان منفعة
الرحا قد بطلت فانفسخ العقد قال فان كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجرة
بحصته لانه بقي شي من المعقود عليه له حصة بالعقد فاذا استوفاه لزمه حصته فان سلم
المواجر الدار الا بيتا ثم منعه رب الدار او غيره بعد ذلك من البيت فلا اجر على المستاجر
في البيت لانه استوفى بعض المعقود عليه دون بعض فلا يكون عليه حصة ما لم يستوف
وللمستاجر ان يمتنع من قبول الدار بغير البيت وان يفسخ الاجارة اذا حدث ذلك بعد
قبضه لان الصفقة تفرقت في المعقود عليه وهو المنافع وتفرق الصفقة يوجب الخيار
ولو استاجر دارا شهرا مسماة فلم يسلم اليه الدار حتى مضى بعض المدة ثم اراد ان يسلم
الدار فيما بقي من المدة فله ذلك وليس للمستاجر ان يابى ذلك وكذلك لو كان المستاجر
طلبها من المواجر فمنعه اياها ثم اراد ان يسلمها فله ذلك وليس للمستاجر ان يمتنع لان الخيار
انما يثبت لحدوث تفرق الصفقة بعد حصولها مجتمعة والصفقة ههنا حين ما وقعت
متفرقة لان المنافع تحدث شيا فشيا فكان كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقد
ابتدا فكان اول جزء من المنفعة مملوكا بعقد والثاني مملوكا ملكا بعقد اخر وما ملك
بعقدين فتعذر التسليم في احدهما لا يوثر في الاخر فان استاجر دارين فسقطت احدهما
او منعه مانع من احديهما او حدث في احديهما عيب فله ان يتركهما جميعا لان العقد وقع عليهما
صفقة واحدة وقد تفرقت عليه فيثبت له الخيار والله اعلم والثاني عدم حدوث
عذر باحد العاقدين وبالمستاجر فان حدث باحدهما او بالمستاجر عذر لا يبقى العقد
وله ان يفسخ وهذا عند اصحابنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط لبقاء العقد لازما ولقب
المسلة ان الاجارة تفسخ بالاعذار عندنا خلافا له وجه قوله ان الاجارة احد نوعي البيع
فيكون لازما كالنوع الاخر وهو بيع الاعيان والجامع بينهما ان العقد انعقد باتفاقهما فلا
ينفسخ الا باتفاقهما ولنا ان الحاجة تدعو الى الفسخ عند العذر لانه لو لزم العقد
عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد لما نذكره في تفصيل الاعذار
الموجبة للفسخ فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر وله ولاية ذلك وقد
خرج الجواب عن قوله ان هذا بيع لانا نقول نعم لكنه عجز عن المضي في موجبه الا بضرر
لم يلتزمه بالعقد فكان محتملا للفسخ في هذه الحالة كما في بيع العين اذا اطلع المشتري على

عيب بالمبيع وكما لو وجدت عيب بالمستاجر وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما
فلا ينفسخ الا باتفاقهما لان هذا هكذا اذا لم يعجز عن المضي على موجب العقد الا بضرر غير
مستحق بالعقد وقد عجز هاهنا ولا يشترط التراضي على الفسخ كما في بيع العين وحدوث
العيب بالمستاجر ثم انكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع لانه يقتضي
ان من اشتكى ضرسه فاستاجر رجلا ليقلعه فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت في
يده آكلة فاستاجر رجلا ليقطعها ثم برات يده يجبر على قطعها وهذا قبيح عقلا وشرعا
واذا ثبت ان الاجارة تفسخ بالاعذار فلا بد من بيان الاعذار المثبتة للفسخ على التفصيل
فنقول وبالله التوفيق ان العذر قد يكون في جانب المستاجر وقد يكون في جانب المواجر
وقد يكون في جانب المستاجر **اما** الذي في جانب المستاجر فنحو ان يفلس فيقوم من السوق
او يريد سفرا او ينتقل من الحرفة الى الزراعة او من الزراعة الى التجارة او ينتقل من
حرفة الى حرفة لان المفلس لا ينتفع بالحانوت فكان في ابقاء العقد من غير استيفاء المنفعة
اضرار به ضررا لم يلتزمه بالعقد فلا يجبر على عمله واذا عزم على السفر ففي ترك السفر
مع العزم عليه ضرر به وفي ابقاء العقد مع خروجه الى السفر ضرر به ايضا لما فيه من لزوم
الاجرة من غير استيفاء المنفعة والانتقال من عمل لا يكون الا للاعراض عن الاول ورغبته عنه
فان منعناه من الانتقال اضررنا به وان ابقينا العقد بعد الانتقال لا لزمناه الاجرة من
غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به **ولو اراد** ان ينتقل من حانوت الى حانوت ليعمل ذلك العمل
بعينه في الثاني لما ان الثاني ارخص واوسع عليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه استيفاء المنفعة
من الاول من غير ضرر وانما يطلب زيادة المنفعة وقد رضي بالقدر الموجود منها في الاول
من غير ضرر وانما يطلب زيادة المنفعة وعلى هذا اذا استاجر رجلا لما لا يصل الى الانتفاع
به من غير ضرر يدخل في ملكه او بدنه ثم بدا له ان يفسخ الاجارة بان استاجر رجلا ليقصر له
ثيابا او ليقطعها او يخيطها او يهدم دارا له او يقطع شجرا له او ليقلع ضرسه او يحجم او يفصد
او ليزرع ارضا او يحدث في ملكه شيئا من بناء او تجارة او حفر ثم بدا له ان لا يفعل فله ان
يفسخ الاجارة ولا يجبر على شيء من ذلك لان القصارة والقطع نقصان عاجل في المال بالغسل والقطع
وفيه ضرر وهدم الدار وقطع الشجر اتلاف المال والزراعة اتلاف البذر وفي البناء اتلاف
الالات وقلع الضرس والحجامة والفصد اتلاف جزء من البدن وفيه ضرر الا انه استاجره لها
لمصلحة تاملها تزيد على المضرة فاذا بدا له علم انه لا مصلحة فيه فبقي الفعل ضررا في نفسه فكان
الامتناع من الضرر بالفسخ اذ الانسان لا يجبر على الاضرار بنفسه وكذلك لو استاجر ابلا
الى مكة ثم بدا للمستاجر ان لا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر لانه لما بدا له علم ان السفر
ضرر ولا يجبر على تحمل الضرر وكذا الكل من استاجر دابة ليسافر ثم قعد عن السفر فله ذلك لما قلنا
وقد قالوا ان الجمال اذا قال للحاكم ان هذا لا يريد ان يترك السفر وانما يريد ان يفسخ الاجارة
قال الحاكم انظروه فان خرج فعل الجمال معه فاذا فعلت ذلك فله الاجر فان قال صاحب الدار
للحاكم هذا لا يريد سفرا وانما يقول ذلك ليفسخ الاجارة استحلفه الحاكم بالله انه يريد السفر
الذي عزم عليه لانه يدعي سبب الفسخ وهو ارادة السفر ولا يمكنه اقامة البينة عليه فلا
يقبل قوله الا مع يمينه **وقالوا** لو خرج من المصر فراسخ ثم رجع فقال صاحب الدار انما اراد
الخروج ليفسخ الاجارة وقد عاد استحلفه الحاكم بالله لقد خرجت الى الموضع الخروج الذي ذكرت

لان المواجر

لان المواجر يدعي ان الفسخ وقع بغير عذر وهو عزم السفر الى الموضع معلوم ولا يمكنه اقامة
البينة عليه لان عزم المستاجر لا يعلم الا من جهته فكان القول قوله مع يمينه **واما الجمال** اذا
بدا له من الخروج فليس له ان يفسخ الاجارة لان خروج الجمال مع الجمال ليس بمستحق بالعقد فان
له ان يبعث غيره مع الجمال فلا يكون وجوده عذرا بخلاف خروج المستاجر لان غرضه يتعلق بخروجه
بنفسه فكان فقوده عذرا **ولو استاجر** رجلا ليحفر له بئرا فحفر بعضها فوجدها صلبة
او خرج حجرا او وجدها رخوة بحيث يخاف التلف كان عذرا لانه يعجز عن المضي في موجب
العقد الا بضرر لم يلتزمه **وقال هشام** عن ابي يوسف في امراة ولدت يوم النحر قبل ان
تطوف فابى الجمال الاقامة مدة النفاس لانه يتضرر به اذ هي مدة ما جرت العادة باقامة
القافلة قدرها فيجعل عذرا في فسخ الاجارة وان كانت قد ولدت قبل ذلك وقد بقي
من مدة نفاسها كمدة الحيض او اقل اجبر الجمال على المقام معها لان هذه المدة قد جرت العادة
بمقام الحاج فيها بعد الفراغ من الحج **واما الذي** يكون في جانب المواجر فنحو ان يلحقه دين فادح
لا يجد قضاءه الا من ثمن المستاجر من الابل والعقار ونحو ذلك اذا كان الدين ثبت قبل عقد
الاجارة بالبينة او بالاقرار او ثبت بالبينة بعد عقد الاجارة ولو ثبت بعد عقد الاجارة
لا يفسخ به الاجارة لانه متهم في هذا الاقرار ولابي حنيفة ان الظاهر ان الانسان لا يقر
بالدين على نفسه كاذبا وهذا العذر من جانب المواجر بناء على ان بنا المواجر لا ينفذ عندنا
من غير اجارة المستاجر خلافا للشافعي على ما يذكر واذا لم يجز البيع مع قيام عقد الاجارة
جعل الدين عذرا في فسخ الاجارة الان ابقاء الاجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل اضرار
بالمواجر لانه يحبس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد **فان قيل** كيف يحبسه
القاضي وهو غير قادر على قضاء الدين بالمواجر لتعلق حق المستاجر به فينبغي ان لا يحبسه
القاضي **فالجواب** قال القاضي لا يصدقه انه لا مال له سوى المواجر فيحبسه الى ان
يظهر حاله وفي الحبس ربطا انه ان لم يكن له مال اخر غير المواجر لكن حق المستاجر انما تعلق
بالمنفعة لا بالعين وقضاء الدين يكون من بدل العين وهو الثمن فيحبس حتى يبيع وكذلك
لو اشترى شيئا فاجره ثم اطلع على عيب به له ان يفسخ الاجارة ويرده بالعيب على بائعه وان
رضي المستاجر بالعيب ويجعل حق الرد بالعيب عذرا له في فسخ الاجارة لانه لا يقدر على
استيفائها الا بضرر وهو التزام المبيع المعيب ولو اراد المواجر السفر والنقلة عن البلد وقد اجر
عقارا له فليس ذلك بعذر لانه لا يستوفى منفعة العقار مع غيبته لا ضرر عليه فيه قال ابو يوسف
ان مرض المواجر او اصاب الدار اوله ان يفسخ اذا كانت بعينها اما اذا اصاب الابل داء لان استعمال
الدابة مع ما بها من الداء اجحاف بها وفيه ضرر بصاحبها والضرر لا يستحق بالعقد فيثبت له حق
الفسخ وكذا المستاجر لان المنافع تنقص بمرض الابل فصار ذلك عيبا فيها **واما اذا** مرض الجمال
فظاهر رواية الاصل تقتضي انه لا يكون عذرا لان اثر المرض في المنع من الخروج وخروج الجمال
بنفسه مع الجمال غير مستحق بالعقد **واما وجه** رواية ابي يوسف وهو الفرق بين مرض الجمال
وبين قعوده ان الجمال لا يقوم على جماله بنفسه فاذا مرض لا يقوم غيره مقامه الا بضرر وليس كذلك
اذا بدا له من الخروج لانه يقدر على الخروج واذا ترك ذلك باختياره كان عليه ان يقيم غيره
مقامه ولو اجر صانع من الصناع او عامل من العمال نفسه لعمل او صناعة ثم قال قد بدا لي ان اترك
هذا العمل وانتقل الى غيره قال محمد اذا كان ذلك من عمله بان كان حجاما فقال انا قد انفت من عملي

وان اراد تركه لم يكن له ذلك لانه من اهل الحرفة فهو بقوله اريد ان اترك يريد ان يترفع
عنه في الحال ويقدر على ذلك بعد انقضاء العمل وان كان ذلك العمل ليس من عمله ولا صنعته
بل اسلم نفسه فيها وذلك مما يعاب به او كانت امراة اجرت نفسها ظئرا وهي ممن تعاب بذلك
فلاهلها ان يخرجوها وكذلك ان ابت ان ترضعه لان من لا يكون من اهل الصنائع الدنية اذا دخل
فيها يلحقه العار فاذا اراد الترك فهو لا يقدر على ايفاء المنافع الا بضرر وكذلك الظئر اذا لم يكن
ممن ترضع مثلها فلاهلها الفسخ لانهم يعيرون بذلك وفي المثل السائر تجوع الحرة ولا تاكل بثدييها
فاذا لم يمكن ايفاء العقد الا بضرر فلا يجبر على تسليم المنفعة الا بضرر بخلاف ما اذا زوجت نفسها
من غير كفوء فانه لا يثبت لها حق الفسخ ويثبت للاولياء لان النكاح لا ينفسخ بالعذر فيعقد لزومها
العقد والاجارة تفسخ بالعذر وان وقعت لازمة وان انهدم منزل المؤاجر ولم يكن له منزل
اخر سوى المنزل المؤاجر فاراد ان ينقض الاجارة ويسكنها ليس له ذلك لانه يمكنه ان يستاجر
منزلا اخر او يشتري فلا ضرورة في فسخ الاجارة وكذا اذا اراد التحول من هذا المصر لانه يمكنه
ان يترك المنزل في الاجارة ويخرج بخلاف المستاجر اذا اراد ان يخرج لما ذكرنا **ولو اشترى** المستاجر
منزلا فاراد التحول اليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه ان يؤاجر الدار بنفسه فتعيره او دارا اخرى
او وجود دار اخرى لا يوجب عذرا في الدار المستاجرة والله اعلم **واما الذي** هو في جانب المستاجر
فمنها عتق العبد المستاجر فانه عذر في فسخ الاجارة حتى لو اجر رجل عبده سنة فلما مضت ستة اشهر
اعتقه فهو بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخها اما العتق فلا شك في نفاذه
لصدور الاعتاق من الاهل في المحل المملوك المرقوق والعارض وهو حق المستاجر لا يؤثر الا في المنع
من التسليم ونفاذ العتق لا يتوقف على امكان التسليم بدليل ان اعتاق الابق نافذ **واما الخيار**
فلان العقد على المنافع ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوثها فيصير بعد الحرية كانه عقد عليه ابتدا
فكان له خيار الاجازة والفسخ فان فسخ بطل العقد فيما بقي وسقط عن المستاجر الاجر فيما بقي
وكان اجر ما مضى للمولى لانها بدل منفعة استوفيت على ملك المولى بعقده وان اجازه ومضى
على الاجارة فيما يستقبل الى تمام السنة يكون للعبد لانها بدل منفعة استوفيت بعد الحرية
فكانت له كما لو اجر نفسه من انسان بغير اذن مولاه فاعتقه المولى في المدة فلا خيار له بخلاف
العبد الماذون اذا اجر نفسه ثم اعتقه المولى في المدة لان اجارة المحجور وقعت فاسدة وخيار
الامضاء في العقد الفاسد لا يثبت شرعا فبطل العقد بنفس الاعتاق بخلاف الماذون **ومنها**
بلوغ الصبي المستاجر اجره ابوه او وصي ابيه او جده او وصي جده او القاضي او امينه فبلغ في
المدة فهو عذر ان شاء امضى الاجارة وان شاء فسخ لان في ايفاء العقد بعد البلوغ ضررا بالصبي
لما بينا فيما تقدم فيعجز عن المضي في موجب العقد الا بضرر لم يلتزمه فكان عذرا **ولو اجر** والد
من هو لا شيئا من ماله فبلغ قبل تمام المدة لا خيار له والفرق بين اجارة النفس والمال
قد ذكرناه في كتاب البيوع ان اجارة ماله تصرف نظر في حقه فلا يملك ابطاله بالبلوغ فاما
اجارة النفس فهو في وضعها اضرار وانما يملكها الولي او الوصي من حيث هي تاديب وقد انقطعت
ولاية التاديب بالبلوغ **فاما غلا** اجر المثل فليس بعذر يفسخ به الاجارة الا في اجارة الوقف
حتى لو اجر دارا هي ملكه ثم غلا اجر مثل الدار ليس له ان يفسخ العقد الا في الوقف فانه
يفسخ نظرا للوقف ويجدد العقد في المستقبل على اجرة معلومة وفيما مضى يجب المسمى بقدره
وقيل هذا اذا ازداد اجر مثل الدور فاما اذا جاء واحد وزاد في الاجرة تعنتا في المستاجر

الاول

الاول فلا يعتبر ذلك ثم انما يفسخ هذه الاجارة اذا امكن الفسخ فاما اذا لم يمكن
فلا يفسخ بان كان في الارض زرع لم يستحصد لان في القلع ضررا بالمستاجر فلا يفسخ بل
يترك الى ان يستحصد الزرع باجر المثل فالى وقت الزيادة يجب المسمى بقدره وبعد
الزيادة الى ان يستحصد يجب اجر المثل هذا اذا غلا اجر مثل الوقف فاما اذا رخص فان
الاجارة لا تفسخ لان المستاجر رضي بذلك القدر وزيادة ولان الفسخ في الوقف عند
الغلا لمعنى النظر للوقف وفي هذا ضرر فلا يفسخ **واما العذر** في استيجار الظئر فيجوز ان
لا ياخذ الصبي من لبنها لانه لم يحصل بعض ما دخل تحت العقد او يقي من لبنها لان الصبي
يتضرر به او تحبل الظئر لان لبن الحامل يضر بالصبي او يكون سارقة لانهم يخافون على
متاعهم او تكون فاجرة بينة الفجور لانها تشتغل بالفجور عن حفظ الصبي او ارادوا ان
يسافروا بصبيهم وابت الظئر ان تخرج معهم لان في الزامهم ترك المسافرة اضرارا بهم
وفي ابقاء العقد بعد السفر اضرارا ايضا او تمرض الظئر لان الصبي يتضرر بلبن المريضة والمراة
تتضرر بالارضاع في حال المرض ايضا فيثبت حق الفسخ من الجانبين فان كانوا يؤذونها
بالشتم امروا ان يكفوا عنه فان لم يكفوا كان لها ان تخرج لان الاذية محظورة فعليهم
تركها فان لم يتركوا كان في ابقاء العقد ضرر غير مستلزم بالعقد فكان عذرا وللزوج
ان يخرجها من الرضاع اذا لم تكن الاجارة برضاه **وقيل هو على** التفصيل ان كان ممن يشينه
ان ترضع زوجته فله الفسخ لانه يعير بذلك فيتضرر به وان كان ممن لا يشينه ذلك لم
يكن له ان يفسخ لان المملوك له بالنكاح منافع بضعها لا منافع بدنها فكانت هي بالاجارة
متصرفة في حقها وقيل له الفسخ في الوجهين لانها اذا ارضعت الصبي في بيته فللزوج
ان يمنعها من الخروج من منزله وان ارضعت في بيته فله ان يمنعها من ادخال الصبي الى بيته
ثم اذا اعترض شيء من هذه الاعذار التي وصفناها فالاجارة تنفسخ بنفسها او تحتاج
الى الفسخ قال بعض مشايخنا تنفسخ بنفسها وقال بعضهم بل تفسخ والصواب ان ينظر الى
العذر ان كان يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعا بان كان المضي فيه حراما فالاجارة
تنتقض بنفسها كما في الاجارة على قلع الضرس اذا اشتكت ثم سكنت وعلى قطع اليد المتاكلة
اذا برات ونحو ذلك وان كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن
نوع ضرر لم يوجبه العقد لا ينفسخ الا بالفسخ **وهل يحتاج** فيه الى فسخ القاضي
او التراضي ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير انه لا يحتاج اليه بل للعاقد فسخها وذكر في
الزيادات انها لا تنفسخ الا بفسخ القاضي او التراضي وجه ما ذكر في الزيادات
ان هذا خيار ثبت بعد تمام العقد فاشبه الرد بالعيب بعد القبض **وجه المذكور** في الاصل
والجامع الصغير ان المنافع في الاجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئا فشيئا فكان اعتراض
العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع
يوجب للمشتري حق الفسخ ولا يقف ذلك على القضاء والرضا كذا هذا **ومن مشايخنا من** فصل
في ذلك تفصيلا فقال ان كان العذر ظاهرا لا حاجة الى القضاء وان كان خفيا كالدين يشترط
القضاء ليظهر العذر ويزول الاشتباه وهذا حسن وينبغي ان يبيع المستاجر ثم يفسخ الاجارة
والله اعلم

فصل واما صفة الاجارة فالاجارة عقد لازم اذا وقعت
صحيحة عرية عن خيار الشرط والعيب والرؤية عند عامة العلماء فلا تفسخ من غير عذر

وقال الشافعي انها غير لازمة وتفسخ بالاعذار لانها اباحة المنفعة فاشبهت الاعارة **ولنا** انها تمليك المنفعة بعوض فاشبهت البيع وقال الله تعالى اوفوا بالعقود والفسخ ليس من الايفاء بالعقد وقال عمر رضي الله عنه البيع صفقة او خيار جعل البيع نوعين نوعا لا خيار فيه ونوعا فيه خيار والاجارة بيع فيجب ان تكون نوعين نوعا ليس فيه خيار الفسخ ونوعا فيه خيار الفسخ ولان هذه معاوضة عقدت مطلقة فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ الا عند العجز عن المضي في موجب العقد من غير تحمل ضرر كالبيع **فصل** واما حكم الاجارة فالاجارة لا تخلوا اما ان كانت صحيحة واما ان كانت فاسدة واما ان كانت باطلة اما الصحيحة فلها احكام بعضها اصلي وبعضها من التوابع اما الحكم الاصلي فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان اصل الحكم وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته **اما** الاول فهو ثبوت الملك بالمنفعة للمستاجر وثبوت الملك في الاجرة المسماة للاجر لانها عقد معاوضة اذ هي بيع المنفعة والبيع عقد معاوضة فيقتضي ثبوت الملك في العوضين **واما** وقت ثبوته فالعقد لا يخلوا اما ان عقد مطلقا عن شرط تعجيل الاجرة **واما** ان شرط فيه تعجيل الاجرة او تاجيلها فان عقد مطلقا فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحد فيثبت الملك للمؤاجر في الاجرة وقت ثبوت الملك للمستاجر في المنفعة وهذا قول اصحابنا وقال الشافعي حكم الاجارة المطلقة هو ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد بلا فصل **واما** كيفية ثبوت حكم العقد فعندنا يثبت شيئا فشيئا على حسب حدوث محله وهو المنفعة لانها تحدث شيئا فشيئا وعنده يجعل منافع المدة موجودة تقديرا كانها اعيان قائمة ويثبت الحكم فيها في الحال **وعلى هذا** ينبني ان الاجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك **وجه قوله** ان الاجارة عقد معاوضة وقد وجدت مطلقة والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد كالبيع الا ان الملك لا بد له من محل يثبت فيه ومنافع المدة معدومة للحال حقيقة فيجعل موجودة حكما تصحيحا للعقد وقد يجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا عند تحقق الحاجة والضرورة **ولنا** ان المعاوضة المطلقة اذا لم يثبت الملك فيها في احد العوضين لا يثبت في العوض الاخر اذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة لانه لا يقابله عوض ولان المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين ولا مساواة اذا لم يثبت الملك في احد العوضين والملك لم يثبت في احد العوضين وهو منافع المدة لانها معدومة حقيقة فلا يثبت في الاجر في الحال تحقيقا للمعاوضة المطلقة **ثم اختلف** في وقت ثبوته فقد كان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول ان الاجر لا يثبت الا بعد مضي المدة في الاجارة التي تقع على المدة مثل استيجار الارض سنة او عشر سنين وهو قول زفر ثم رجع فقال يجب يوما فيوما وفي الاجارة في المسافة مثل ان استاجر بعيرا الى مكة ذاهبا وجائيا كان قوله الاول انه لا يلزمه تسليم الاجرة حتى يعود وهو قول زفر ثم رجع فقال يسلم حالا فحالا وذكر الكرخي ان يسلم اجرة كل مرحلة اذا انتهى اليها وهو قول ابي يوسف ومحمد وجه قول ابي حنيفة الاول ان منافع المدة او المسافة في حق [illegible] ... كلها شي واحد فلم يستوجب الا بعد الكل لم يجب شي من بدلها كمن استاجر خياطا يخيط ثوبا فخاط بعضه انه لا يستحق الاجر حتى يفرغ منه وكذا القصار والصباغ وجه قوله الاخير وهو المشهور ان الملك في البدل يقابل ملك المبدل وهو

المنفعة

المنفعة وانها تحدث شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان فيملكها شيئا فشيئا على حسب حدوثها فكذا ما يقابلها وكان ينبغي ان يجب عليه تسليم الاجرة ساعة فساعة الا ان ذلك متعذر فاستحسن فقال يوما فيوما ومرحلة مرحلة لانه لا تعذر فيه وروي عن ابي يوسف فيمن استاجر بعيرا الى مكة انه اذا بلغ ثلث الطريق او نصفه اعطي من الاجر بحسابه استحسانا وذكر الكرخي ان هذا قول ابي يوسف الاخر **ووجهه** ان السير الى ثلث الطريق او نصفه منفعة مقصودة في الجملة فاذا وجد ذلك القدر يلزمه تسليم بدله **وعلى هذا يخرج** ما اذا ابرا المؤاجر المستاجر من الاجر او وهبه او تصدق به عليه ان ذلك لا يجوز في قول ابي يوسف الاخر عينا كان الاجر او دينا وقال محمد ان كان دينا جاز **وجه قول** ابي يوسف ظاهر خارج في الاصل وهو ان الاجرة لم يملكها المؤاجر في العقد المطلق عن شرط التعجيل والابراء عما ليس بمملوك المبري لا يصح بخلاف الدين المؤجل لانه مملوك وانما التاجيل لتاخير المطالبة فيصح الابراء عنه وكذا هبة غير المملوك لا تصح **وجه قول** محمد ان الابراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستاجر فقد قصد صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم فقال اعتقت ولان الابراء اسقاط واسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب هاهنا موجود وهو العقد المنعقد **والجواب** انه ان كان يعني بالانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين اصحابنا وان كان يعني به شيئا اخر فهو غير معقول **ولو ابراه** من بعض الاجرة او وهب منه جاز في قولهم جميعا **اما** على اصل محمد فظاهر لانه يجوز ذلك عنده في الكل فكذا في البعض واما على اصل ابي يوسف فلان ذلك حط بعض الاجرة فيلتحق الحط باصل العقد فيصير كالموجود في حال العقد بمنزلة حط بعض الثمن في البيع وحط الكل لا يمكن الحاقه باصل العقد ولا سبيل الى تصحيحه للحال لعدم الملك **اما** اذا كانت الاجرة عينا من الاعيان فوهبها المؤاجر للمستاجر قبل استيفاء المنافع فقد قال ابو يوسف ان ذلك لا يكون نقضا للاجارة وقال محمد ان قبل المستاجر الهبة بطلت الاجارة وان ردها لم تبطل فقد مر على ان الهبة لم تصح لعدم الملك فالتحقت بالعدم كانها لم توجد راسا بخلاف المشتري اذا وهب المبيع من بايعه قبل القبض وقبله البايع ان ذلك يكون نقضا للبيع لان الهبة هناك قد صحت لصدورها من المالك فيثبت الملك للبايع فانفسخ البيع **واما محمد** فانه يقول الاجرة اذا كانت عينا كانت في حكم المبيع لان ما يقابلها ما هو في حكم الاعيان والمشتري اذا وهب المبيع قبل القبض من البايع فقبله البايع يبطل البيع كذا هذا واذا رد المستاجر الهبة لا تبطل الاجارة لان الهبة لا تتم الا بالقبول فاذا ردها بطلت والتحقت بالعدم وعلى هذا اذا صارف المؤاجر المستاجر بالاجرة فاخذ بها دينارا بان كانت الاجرة دراهم ان العقد باطل عند ابي يوسف الاخر وكان قوله الاول انه جائز وهو قول محمد فابو يوسف مر على الاصل فقال الاجرة لم تجب بعقد الاجارة وما وجب بعقد الصرف لم يوجد فيه التقابض في المجلس فيبطل العقد فيه كمن باع دينارا بعشرة فلم يتقابضا ولانه يشتري الدينار بدراهم في ذمته ثم يجعلها قصاصا بالاجرة والاجرة لا تجب في ذمته فاذا افترقا قبل القبض

بطل الصرف ومحمد يقول اذا لم يجز الصرف الا ببدل واجب ولا وجوب من غير شرط
التعجيل ثبت الشرط مقتضى اقدامهما على الصرف ولو شرط تعجيل الاجرة ثم تفاسدا جاز كذا
هذا ولو اشترى المؤاجر من المستاجر عينا من الاعيان بالاجرة جاز في قولهم لان العقد
على الاعيان لا تقتضي قبض البدل في المجلس فجاز العقد وان كانت الاجرة عينا واجبة
ويبقى الثمن في ذمته ولو اخذ بالاجرة رهنا او كفيلا جاز في قولهم اما على اصل محمد لان الابرا
والهبة جايزان فالرهن والكفالة اولى واما على اصل ابي يوسف فاما الكفالة فلان
جوازها لا يستدعي قيام الدين للحال بدليل انه لو كفل بما يذوب له على فلان جازت
وكذلك الكفالة بالدين جايزة وكذلك الرهن بدين لم يجب جايز كالرهن بالثمن في
المبيع المشروط فيه الخيار ولان الرهن والكفالة شرعا للتوثق والتوثيق ملايم للاجرة
واما وقع العقد مطلقا عن شرط تعجيل الاجرة واما اذا شرط فيه تعجيلها ملكت بالشرط
ووجب تعجيلها فالحاصل ان الاجرة لا تملك عندنا الا باحد معاني ثلاث احدها شرط
التعجيل في نفس العقد والثاني التعجيل من غير شرط والثالث استيفا المعقود عليه اما ملكها
بشرط التعجيل فلان ثبوت الملك في العوضين في زمان واحد لتحقيق معنى المعاوضة
المطلقة وتحقيق المساواة التي هي مطلوب العاقدين ومعنى المعاوضة والمساواة لا تتحقق
الا بثبوت الملك فيهما في زمان واحد واذا شرط التعجيل فلم توجد المعاوضة المطلقة بل
المقيدة بشرط التعجيل فيجب اعتبار شرطهما لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم فثبت
الملك في العوض قبل ثبوته في المعوض ولهذا صح التاجيل في ثمن المبيع وان كان اطلاق العقد
يقتضي الحلول كذا هذا وللمؤاجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفي الاجرة كذا ذكر
الكرخي في جامعه لان المنافع في باب الاجارة كالمبيع في باب البيع والاجرة في الاجارات
كالثمن في البياعات وللبايع حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن فكذا للمؤاجر حبس المنافع الى ان
يستوفي الاجرة المعجلة فان قيل لا فايدة في هذا الحبس لان الاجارة اذا وقعت على
مدة فاذا حبس المستاجر مدة بطلت الاجارة في تلك المدة ولا شي فيها من الاجرة فلم يكن
الحبس مفيدا فالجواب ان الحبس مفيد لانه يحبس ويطالب بالاجر فان عجل والا فسخ العقد
فكان في الحبس فايدة على ان هذا يلزم في الاجارة على المسافة فان اجر دابة مسافة معلومة
لان العقد هاهنا لا يبطل بالحبس وكذا هذا يبطل ببيع ما يتسارع اليه الفساد كالسمك الطري
ونحوه ان للبايع حبسه حتى يستوفي الثمن وان كان يؤدي الى ابطال البيع بهلاك المبيع قبل
القبض وان وقع الشرط في عقد الاجارة على ان لا يسلم المستاجر الاجر الا بعد انقضا مدة
الاجارة فهو جايز اما على قول ابي حنيفة الاول فظاهر لان الاجرة لا تجب الا في اخر
المدة فاذا شرط كان هذا شرطا مقررا مقتضى العقد فكان جايزا واما على قوله
الاخر فالاجرة وان كانت تجب شيئا فشيئا فقد شرط الاجرة والاجرة كالثمن فيحتمل التاجيل
كالثمن واما اذا عجل الاجرة من غير شرط فلانه عجل غير مقتضى مطلق العقد وله هذه
الولاية لان التاخير ثبت حقا له فيملك ابطاله بالتعجيل كما اذا كان عليه دين مؤجل
فعجله ولان العقد سبب استحقاق الاجرة فالاستحقاق وان لم يثبت فقد انعقد سببه
وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جايز كتعجيل الكفارة بعد الجرح
قبل الموت واما اذا استوفي المعقود عليه فلانه يملك العوض فيملك المؤاجر العوض

في مقابلته

في مقابلته تحقيقا للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد المطلق
وعلى هذا الاصل يبنى الاجارة المضافة الى زمان في المستقبل بان قال اجرتك هذه الدار
غدا او راس شهر كذا او قال اجرتك هذه الدار سنة اولها غرة شهر رمضان انها جايزة
في قول اصحابنا وعند الشافعي لا يجوز وجه البنا ان الاجارة بيع المنفعة وطريق جوازها عنده
ان يجعل منافع المدة موجودة تقديرا لتعقيب العقد تصحيحا اذ لا بد وان يكون محل حكم
العقد موجودا ليمكن اثبات حكمه فيه فجعلت المنافع موجودة حكما كانها اعيان قايمة بنفسها
واضافة البيع الى عين ستوجد لا يصح كما في بيع الاعيان حقيقة واما عندنا فالعقد
ينعقد شيا فشيا على حسب حدوث المعقود عليه شيا فشيا وهو المنفعة فكان العقد مضافا
الى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة فالتنصيص على الاضافة يكون مقررا مقتضى العقد
الا انا جوزنا الاضافة في الاجارة دون البيع للضرورة لان المنفعة حال وجودها لا يمكن
انشا العقد عليها فدعت الضرورة الى الاضافة ولا ضرورة في بيع العين لامكان ايقاع العقد
عليها بعد وجودها لكونها محتملة للبقا فلا ضرورة الى الاضافة وطريقنا اولى لان جعل المعدوم
موجودا تقدير المحال وتقدير المحال محال ولا احالة في الاضافة الى زمان في المستقبل
فان كثيرا من التصرفات يصح مضافا الى المستقبل كالطلاق والعتاق ونحوهما فكان التصحيح بما
قلنا اولى والله الموفق واما الاحكام التي هي من التوابع فكثيرة بعضها يرجع الى الاجر
والمستاجر جميعا عليهما ولهما وبعضها يرجع الى صفة المستاجر والمستاجر فيه اما الاول فجملة
الكلام فيه ان عقد الاجارة لا يخلو اما ان شرط فيه تعجيل البدل او تاجيله واما ان
كان مطلقا عن شرط التعجيل والتاجيل فان شرط فيه تعجيل البدل فعلى المستاجر تعجيلها
والابتدا بتسليمها سوا كانت ما وقع على الاجارة شيا ينتفع بعينه كالدار والدابة وعبد
الخدمة او كان صانعا او عاملا ينتفع بصنعته او عمله كالخياط والقصار والصباغ والاسكاف
لانهما شرطا تعجيل البدل لزم اعتبار شرطهما لقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند
شروطهم وملك الاجر البدل قبل التعجيل حتى يجوز له هبته والتصدق به والابرا عنه والشرا به
والرهن به والكفالة وكل تصرف يملك البايع في الثمن في باب البيع وللمؤاجر ان يمتنع عن تسليم
المستاجر في الاشيا المنتفع باعيانها حتى يستوفي الاجرة وكذا للاجير الوحد ان يمتنع عن
تسليم النفس وللاجير المشترك ان يمتنع عن ايفا العمل قبل استيفا الاجرة لان الاجرة في الاجارات
كالثمن في البياعات وللبايع حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن اذا لم يكن موجلا كذا هذا وان شرط
فيه تاجيل الاجرة عند تسليم المستاجر وايفا العمل وانما يجب تسليم البدل عند انقضا
الاجل لان الاصل في الشروط اعتبارها للحديث الذي روينا وان كان العقد مطلقا عن
شرط التعجيل والتاجيل عند التسليم ما وقع عليه العقد في نوعي الاجارة فيجب على المؤاجر
تسليم المستاجر وعلى الاجير تسليم النفس او ايفا العمل اولا عندنا خلافا للشافعي لان الاجرة
لا تجب بالعقد المطلق عندنا وعنده تجب والمسالة قد مرت فيما تقدم ان في النوع الاول وهو
الاجارة على الاشيا المنتفع باعيانها اذا سلم المستاجر لا يجب على المستاجر تسليم البدل كله للحال
بل على حسب استيفا المنفعة شيا فشيا حقيقة او تقديرا بالتمكن من الاستيفا في قول ابي
حنيفة الاخر وللمؤاجر ان يطالبه بالاجرة بمقدار ذلك يوما فيوما في الاجارة على العقار
ونحوه ومرحلة مرحلة على المسافة ولكن يجبر المكاري على الحمل الى المكان المشروط اذا لم يحضر

مطلب

لتضرربه المستاجر وفي قوله الاول وهو قول ابي يوسف ومحمد لا يجب تسليم شي من البدل
الا عند انتها المدة او قطع المسافة كلها في الاجارة علي قطع المسافة وقد ذكرنا وجه القولين
فيما تقدم واما في النوع الاخر وهو استيجار الصباغ والحمال فلا يجب تسليم شي من البدل
الا بعد الفراغ من العمل بلا خلاف حتي قالوا في الحمال ما لم يحط المتاع من راسه لا يجب الاجر
لان الحط من تمام العمل وهكذا قال ابو يوسف في الحمال يطلب اجره بعد ما بلغ المنزل قبل ان
يضعه انه ليس له ذلك لان الوضع من تمام الحمل والفرق ان كل جزء من العمل في هذا النوع غير
مقصود لانه لا ينتفع ببعضه دون بعض فكان الكل كشي واحد فما لم يوجد لا يقابله البدل
بخلاف النوع الاول علي قول ابي حنيفة الاخر لان كل جزء من السكني وقطع المسافة مقصود
فيقابل بالاجرة ثم في النوع الاخر اذا اراد الاجير حبس العين بعد الفراغ من العمل لاستيفاء
الاجرة هل له ذلك ينظر ان كان لعمله اثر ظاهر في العين كالخياط والقصار والصباغ وله
ذلك لان ذلك الاثر عادة والبدل يقابل ذلك الاثر فكان كالبيع فكان له
ان يحبسه لاستيفاء الاجرة كالمبيع قبل القبض انه يحبس لاستيفاء الثمن اذا لم يكن الثمن
موجلا ولو هلك قبل التسليم تسقط الاجرة لانه مبيع هلك قبل القبض وهل يجب الضمان
فعند ابي حنيفة لا يجب وعندهما يجب لانه يجب قبل الحبس عندهما فبعد الحبس اولي
والمسئلة تاتي في موضعها ان شا الله تعالي وان لم يكن لعمله اثر في العين كالحمال والملاح
والمكاري ليس له ان يحبس لان ما لا اثر له في العين فالبدل انما يقابل نفس العمل الا ان العمل
كله كشي واحد اذ لا ينتفع ببعضه دون بعض فكما فرغ حصل في يد المستاجر فلا يملك حبسه
عنه بعد طلبه كيد الوديعة ولهذا لا يجوز حبس الوديعة بالدين ولو حبسه فهلك قبل التسليم
لا تسقط الاجرة لما ذكرنا انه كما وقع العمل حصل مسلما الي المستاجر لحصوله في يده فتقررت
عليه الاجرة فلا يحتمل السقوط بالهلاك ويضمن لانه حبسه بغير حق فصار غاصبا بالحبس
ونص محمد رحمه الله علي الغصب فقال فان حبس الحمال المتاع في يده فهو غاصب **ووجهه**
ما ذكرنا ان العين كانت امانة في يده فاذا حبسها بدينه فقد صار غاصبا كالمودع
المودع الوديعة بالدين **هذا الذي** ذكرنا ان العمل لا يصير مسلما الي المستاجر الا بعد الفراغ
منه حتي لا يملك الاجير المطالبة بالاجرة قبل الفراغ اذا كان المحمول فيه في يد الاجير فان كان
في يد المستاجر فبقدر ما اوقعه من العمل فيه مسلما الي المستاجر قبل الفراغ منه حتي يملك المطالبة
بقدره من الاجرة بان استاجر رجلا ليبني له بناء في ملكه او ما هو في يده بان استاجره
ليبني له بناء في داره او يعمل له ساباطا او جناحا او يحفر له بيرا او قناة او نهرا او ما اشبه ذلك
في ملكه او فيما في يده فعمل بعضه فله ان يطالبه بقدره من الاجرة لكن يجبر علي الباقي
حتي لو انهدم البناء او انهارت البير او وقع فيها الماء او التراب وسواها مع الارض او سقط
الساباط فله اجر ما عمل بحصته لانه اذا كان في ملك المستاجر او يده فكما عمل شيئا حصل
في يده قبل هلاكه وصار مسلما اليه فلا يسقط بدله بالهلاك ولو كان ذلك في غير ملكه
ويده ليس له ان يطلب شيئا من الاجرة قبل الفراغ من عمله وتسليمه اليه حتي لو هلك قبل
التسليم لا يجب شي من الاجرة لانه اذا لم يكن في ملكه ولا يده تتوقف وجوب الاجرة فيه
علي الفراغ والتمام وقال الحسن بن زياد اذا اراه موضعا من الصحرا يحفر فيه بيرا فهو بمنزلة
ما هو في ملكه ويده وقال في اخر الكلام وهذا قياس قول ابي حنيفة وقال محمد لا تكون قابضا

الا بالتخلية وان اراه الموضع وهو الصحيح لان ذلك الموضع بالتعيين لا يصير في يده فلا يصير
عمل الاجير مسلما له وان كان ذلك في غير ملك المستاجر ويده فعمل الاجير بعضه والمستاجر قريب
من العامل فخلي الاجير بينه وبينه فقال المستاجر لا اقبضه منك حتي تفرغ فله ذلك لان قدر ما عمل
لا يصير مسلما اذا لم يكن في ملك المستاجر ولا في يده لانه لا ينتفع ببعض عمله دون بعض فكان للمستاجر
ان يمتنع من التسليم حتي يتمه **ولو استاجر** لبانا ليضرب له لبنا في ملكه او فيما في يده لا يستحق الاجرة
حتي يجف اللبن وينصبه في قول ابي حنيفة وقال محمد حتي يجف وينصبه ويشرجه ولا خلاف في انه
اذا ضربه ولم ينصبه انه لا يستحق الاجر لانه ما لم يقلعه عن مكانه فهو ارض فلا يتناوله اسم اللبن والخلاف
بينهم يرجع الي انه هل يصير قابضا بالاقامة او لا يصير الا بالتشريج فعلي قول ابي حنيفة يصير قابضا
بنفس الاقامة لان نفس الاقامة من تمام هذا العمل فيصير اللبن مسلما اليه بها **وعلي قولهما** لا يصير قابضا
ما لم يشرج لان تمام العمل به حتي لو هلك قبل النصب في قول ابي حنيفة وقبل التشريج في قولهما فلا اجر
له لانه هلك قبل تمام العمل علي اختلاف الاصلين **ولو هلك** بعده فله الاجر لان العمل قد تم
قضا وصار مسلما اليه لكونه في ملكه او في يده فهلاكه بعد ذلك لا يسقط البدل وجه قولهما ان الامن
عن الفساد يقع بالتشريج ولهذا جرت العادة بين الناس ان اللبان هو الذي يشرح ليومن عليه
الفساد فكان ذلك من تمام العمل كاخراج الخبز من التنور ولابي حنيفة ان المستاجر له ضرب اللبن
وما جف ونصبه فقد وجد ما ينطلق عليه اسم اللبن وهو في ملكه او يده فصار قابضا له **فاما**
التشريج فعمل زايد لم يلتزمه العامل بمنزلة النقل من مكان الي مكان فلا يلزمه ذلك وان كان ذلك
في غير ملكه ويده لا يستحق الاجرة حتي يسلمه وهو ان يخلي الاجير بين اللبن وبين المستاجر لكن ذلك
بعد ما نصبه عند ابي حنيفة وعندهما بعد ما شرجه وروي ابن سماعة عن محمد في رجل استاجر خبازا
ليخبز له قفيزا من دقيق بدرهم فخبزه فاحترق في التنور قبل ان يخرجه او الزقه في التنور ثم اخذه
ليخرجه فوقع من يده في التنور فاحترق فلا اجر له لانه هلك قبل تمام العمل لان عمل الخبز لا يتم
الا بالاخراج من التنور فلم يكن قبل الاخراج خبزا فصار كهلاك اللبن قبل ان يتمه **قال** ولو
اخرجه من التنور ووضعه وهو يخبز في منزل المستاجر فاحترق من غير جنايته فله الاجر ولا ضمان عليه
في قول ابي حنيفة **اما** استحقاق الاجر فلانه فرغ من العمل باخراج الخبز من التنور وحصل
مسلما الي المستاجر لكونه في ملك المستاجر واما عدم وجوب الضمان فلان الهلاك من غير صنع
الاجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده **واما** علي قول من يضمن الاجير المشترك فانه ضامن له
دقيقا مثل الدقيق الذي دفعه اليه ولا اجر له وان شا ضمنه قيمة الخبز مخبوزا واعطاه الاجر
لان قبض الاجير قبض مضمون عندهما فلا يبرا عن الضمان بوضعه في منزل مالكه وانما يبرا
بالتسليم كالغاصب واذا وجب عليه الضمان عندهما فصاحب الدقيق بالخيار ان شا ضمنه
دقيقا واسقط الاجر لانه لا يسلم اليه العمل وان شا ضمنه خبزا فصار العمل مسلما اليه فوجب
عليه الاجر **قال** ولا اضمنه الحطب والملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه
وحين وجب الضمان عليه لا قيمة له لان الحطب صار رمادا والملح صار ماء **وكذلك** الخياط
يخيط الثوب قميصا فان خاط بعضه لم يكن له اجر لان هذا العمل لا ينتفع ببعضه دون
بعض فلا يلزم الاجرة الا بتمامه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجرة في قول ابي حنيفة لان
العمل حصل مسلما اليه لحصوله في ملكه **واما** علي قولهما فالعين مضمونة فلا يبرا عن ضمانها
الا بتسليمها الي مالكها فاذا هلك الثوب فان شا ضمنه قيمته صحيحا ولا اجر له وان شا ضمنه قيمته مخيطا

وله الاجر لما بينا ولو استاجر حمالا يحمل له دنانير من السوق الى منزله فحمله حتى اذا بلغ باب
دار الذي استاجره كسره فلا ضمان على الحامل في قول ابي حنيفة وله الاجر وهو على
ذكرنا ان العمل اذا لم يكن له اثر ظاهر في العين فكما وقع يحصل مسلما الى المستاجر وذكر ابن
سماعة عن محمد رحمه الله في رجل دفع ثوبا الى خياط يخيطه بدرهم فمضى فخاطه ثم جاء رجل
ففتقه قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر للخياط لان المنافع قبل التسليم تسقط بها ولا اجبر
الخياط على ان يعيد العمل لانه لما فرغ من العمل فقد انتهى العقد فلا يلزمه العمل ثانيا وان كان
الخياط هو الذي فتق الثوب فعليه ان يعيده لانه لما فتقه فقد فسخ المنافع التي عملها فكانه لم
يعمل راسا واذا فتقه الاجنبي فقد اتلف المنافع بدليل انه يجب عليه الضمان قالوا
في الملاح اذا حمل الطعام الى موضع فردت السفينة الريح فلا اجر للملاح وليس عليه ان يعيد
السفينة فان كان الملاح الذي هو ردها لزمه اعادة الحمل الى الموضع الذي شرط عليه لما قلنا وان كان
الموضع الذي رجعت اليه السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه فعلى الملاح ان يسلمه في موضع
يقدر رب الطعام على قبضه ويكون له اجر مثله فيما سار في هذا المعنى لانا لو جوزنا للملاح
تسليمه في مكان لا ينتفع به لتلف المال على صاحبه ولو كلفناه حمله بالاجر الى اقرب المواضع
التي يمكن القبض فيه فقد راعينا الحقين قالوا ولو اكترى بغلا الى موضع تركه فلما سار الى
بعض الطريق جمح به فرده الى موضعه الذي خرج منه فعليه الكرا بقدر ما سار لانه استوفى
ذلك القدر من المنافع فلا يسقط عنه وقال في الجامع الصغير عن ابي حنيفة في رجل استاجر
رجلا يذهب الى البصرة فيجي بعياله فذهب فوجد فلانا قد مات فجاء بمن بقي قال له من الاجرة
بحسابه وعن ابي حنيفة في رجل استاجر رجلا يذهب بكتابه الى البصرة الى فلان ويجي بجوابه
فذهب فوجد فلانا قد مات فرد الكتاب قال لا اجر له وهو قول ابي يوسف وقال محمد له
الاجر في الذهاب اما المسئلة الاولى فلان مقصوده حمل العيال فاذا حمل بعضهم دون بعض كان
له من الاجر بحساب ما عمله واما المسئلة الثانية فوجه قول محمد ان الاجر مقابل بقطع المسافة
لا بحمل الكتاب لانه لا حمل له ولا مؤنة وقطع المسافة في الذهاب وقع على الوجه المامور فيستحق
حصته من الاجر وفي العود لم يقع على الوجه المامور به فلا يجب به شي ولهما ان المقصود من
حمل الكتاب ايصاله الى فلان ولم يوجد فلا يجب شي على ان المقصود وان كان نقل
الكتاب اذا رده فقد نقض تلك المنافع فيبطل الاجر كما لو استاجره ليحمل طعاما الى
البصرة الى فلان فحمله فوجده قد مات فرده انه لا اجر له لما قلنا كذا هذا وللمستاجر في اجارة
الدار وغيرها من العقار ان ينتفع بها كيف شا بالسكنى ووضع المتاع وان يسكن بنفسه
وبغيره وان يسكن غيره بالاجارة والاعارة الا انه ليس له ان يجعل فيها حدادا ولا قصارا
ولا طحانا ونحو ذلك مما يوهن البنا لما قلنا فيما تقدم ولو اجرها المستاجر باكثر من الاجرة
الاولى فان كانت الثانية من خلاف جنس الاولى طابت له الزيادة وان كانت من جنس
الاولى لا تطيب له حتى يزيد في الدار زيادة من حفر او بنا او تطيين او تجصيص فان لم
يزد فيه شيا فلا خير في الفضل ويتصدق به لكن تجوز الاجارة اما جواز الاجارة فلا
شك فيه لان الزيادة في عقد لا يعتبر المساواة فيه بين البدل والمبدل لا تمنع صحة
العقد وههنا كذلك فيصح العقد واما التصدق بالفضل اذا كانت الاجرة الثانية
من جنس الاولى فلان الفضل ربح ما لم يضمن لان المنافع لا تدخل في ضمان المستاجر بدليل

انه لو

انه لو هلك المستاجر فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك على المواجر وكذا لو غصبه
غاصب فكانت الزيادة ربح ما لم يضمن وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وان
كان هناك زيادة كان الربح في مقابلة الزيادة فيخرج من ان يكون ربحا ولو كنس البيت فلا
يعتبر ذلك لانه ليس بزيادة فلا يطيب له زيادة الاجرة وكذا في اجارة الدابة اذا زاد في
الدابة جوالقا او ما اشبه ذلك يطيب له الفضل لما قلنا فان علفها لا يطيب له لان الاجرة
لا يصير شي منها مقابلا بالعلف فلا يطيب له الفضل ولو استاجر دابة ليركبها ليس له ان يركب
غيره وان فعل ضمن وكذا اذا استاجر ثوبا ليلبسه ليس له ان يلبس غيره وان فعل ضمن لان الناس
متفاوتون في الركوب واللبس ولو استاجر دابة ليركبها او ثوبا ليلبسه لا يجوز له ان يواجر
غيره بالركوب واللبس لما قلنا ولو باع المواجر الدار المستاجرة بعدما اجرها من غيره ذكر
في الاصل ان البيع لا يجوز وذكر في بعض المواضع ان البيع موقوف وذكر في بعضها ان البيع باطل والتوفيق
ممكن لان معنى قوله لا يجوز اي لا ينفذ وهذا لا ينفي التوقف وقوله باطل اي ليس له حكم ظاهر
للحال وهو تفسير التوقف فالصحيح انه جائز في حق البايع والمشتري موقوف في حق المستاجر
حتى اذا انقضت المدة يلزم المشتري البيع وليس له ان يمتنع من الاخذ وليس للبايع ان ياخذ
المبيع من يد المستاجر من غير اجازة البيع فان اجاز جاز وان ابى فللمشتري ان يفسخ البيع ومتى
فسخ لا يعود جايزا بعد انقضا مدة الاجارة وهل يملك المستاجر فسخ هذا البيع ذكر في ظاهر
الرواية انه لا يملك الفسخ حتى لو فسخ لا ينفسخ حتى اذا مضت الاجارة كان للمشتري ان ياخذ
الدار وروى الطحاوي عن ابي حنيفة ومحمد ان له ان ينقض البيع واذا نقضه لا يعود جايزا وروي
عن ابي يوسف انه ليس للمستاجر نقض البيع والاجارة كالعيب فان كان المشتري عالما بها وقت
الشرا او وقت الاجارة لازمة وان لم يكن عالما بها وقت الشرا فهو بالخيار ان شا نقض البيع
لاجل العيب وهو الاجارة وان شا امضاه وهذا كله مذهب اصحابنا وقال الشافعي البيع
نافذ من غير اجازة المستاجر وجه قوله ان البيع صادف محله لان الرقبة ملك المواجر وانما حق
المستاجر في المنفعة ومحل البيع العين ولا حق للمستاجر فيها ولنا ان البايع غير قادر على تسليمه
لتعلق حق المستاجر به وحق الانسان يجب صيانته عن الابطال ما امكن وامكن ههنا بالتوقف
في حقه فقلنا بالجواز في حق المشتري وبالتوقف في حق المستاجر صيانة للحقين ورعاية للجانبين
وعلى هذا اذا اجر داره ثم اقر بها لانسان ان اقراره لا ينفذ في حق نفسه ولا ينفذ في حق
المستاجر بل يتوقف الى ان تمضي مدة الاجارة فاذا مضت نفذ الاقرار في حقه ايضا فيقضى
بالدار للمقر له وهذا بخلاف ما اذا اجر داره من انسان ثم اجرها من غيره ان الاجارة الثانية
تكون موقوفة على اجازة المستاجر الاول فان اجازها جازت وان ابطلها بطلت وههنا
ليس للمستاجر ان يبطل البيع ووجه الفرق ان عقد الاجارة يقع على المنفعة اذ هو تمليك
المنفعة والمنافع ملك المستاجر الاول فيجوز باجازته ويبطل بابطاله فاما البيع فانما يقع على
العين والعين ملك المواجر لكن للمستاجر فيها حق فاذا زال حقه ينفذ ثم المستاجر
الاول اذا اجاز الاجارة الثانية حتى نفذت كانت الاجرة له لا لصاحب الدار وفي البيع
يكون الثمن لصاحب الملك ووجه الفرق على نحو ما ذكرنا ان الاجارة وقعت على المنفعة
وانها ملك المستاجر الاول فاذا اجاز كان بدلها له فاما الثمن فانه بدل العين والعين
ملك المواجر فكان بدلها له وبالاجارة لا ينفسخ عقد المستاجر الاول ما لم تمض مدة الاجارة

الثانية فاذا مضت فان كانت مدتهما واحدة تنقضي المدتان جميعا وان كانت مدة الثانية اقل فللاول ان يسكن الدار حتى تتم المدة **وكذلك** لو رهنها المواجر قبل انقضاء مدة الاجارة كان العقد جايزا فيما بينه وبين المرتهن موقوف في حق المستاجر لتعلق حقه بالمستاجر وله ان يحبس حتى تنقضي مدته **وعلى هذا** بيع المرهون من الراهن انه جايز بين البايع والمشتري موقوف في حق المرتهن وله ان يحبسه حتى يستوفي ماله فاذا افتكها الراهن يجب عليه تسليم الدار الى المشتري كما في الاجارة الا ان ههنا اذا اجاز المرتهن البيع حتى جاز وسلم الدار الى المشتري فالثمن يكون رهنا عند المرتهن قايما مقام الدار لان حق حبس العين كان ثابتا له ما دامت في يده وبدل العين قايم مقام العين فيثبت له حق حبسه **وفرق** العقد ورد بين الراهن والاجارة فقال في الرهن للمرتهن ان يبطل البيع وليس للمستاجر ذلك لان حق المستاجر في المنفعة لا في العين فكان الفسخ منه تصرفا في محل حق الغير فلا يملكه فاما حق المرتهن فيتعلق بالعين الا ترى انه يصير به مستوفيا للدين فكان الفسخ منه تصرفا في محل حقه فيملكه والله اعلم **وللاجير** ان يعمل بنفسه واجرايه اذا لم يشترط عليه في العقد ان يعمل بيده لان العقد وقع على العمل والانسان قد يعمل بنفسه وقد يعمل بغيره ولان عمل اجرايه يقع له فيصير كانه عمل بنفسه الا اذا شرط عليه عمله بنفسه لان العقد وقع على عمل من شخص معين والتعيين مفيد لان العمال متفاوتون في العمل فيتعين فلا يجوز تسليمه من شخص اخر من غير رضا المستاجر كمن استاجر جملا بعينه ليحمل لا يجبر على اخذ غيره ولو استاجر على الحمل ولم يعين جملا كان للمكاري ان يسلم اليه اي جمل شا كذا هذا **وتطيين** الدار واصلاح ميزابها وما وهي من بنايها على رب الدار دون المستاجر لان الدار ملكه واصلاح الملك على المالك لكن لا يجبر على ذلك لان المالك لا يجبر على اصلاح ملكه **وللمستاجر** ان يخرج ان لم يعمل المواجر ذلك لانه عيب بالمعقود عليه والمالك لا يجبر على ازالة العيب عن ملكه لكن للمستاجر ان لا يرضى بالعيب حتى لو كان استاجر وهي كذلك وراها فلا خيار له لانه رضي بالمبيع المعيب واصلاح بير الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار ولا يجبر على ذلك وان كان امتلان فعل المستاجر لما قلنا وقالوا في المستاجر اذا انقضت مدة الاجارة وفي الدار تراب من كنسه فعليه ان يرفعه لانه حدث بفعله فصار كمتاعه وضعه فان كان امتلا خلاها ومجراها من فعله فالقياس ان يكون عليه نقله لانه حدث بفعله فيلزمه نقله كالكناسة والرماد الا انهم استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة اذ العادة بين الناس ان ما كان مغيبا في الارض فنقله على صاحب الدار فحملوا ذلك على العادة **فاذا اصلح** المستاجر شيا من ذلك لم يحتسب له بما انفق لانه انفق على ملك غيره بغير امره ولا ولاية له عليه فكان متبرعا **وقبض** المستاجر على المواجر حتى لو استاجر دابتين كهما في خوا بحر في المصر وقتا معلوما فقضى الوقت فليس عليه تسليمها الى صاحبها ان يقبض بها الى وعلى الذي اجرها ان يقبض من منزل المستاجر لان المستاجر وان انتفع بالمستاجر لكن هذه المنفعة انما حصلت له بعوض حصل للمواجر فبقيت العين امانة في يده كالوديعة ولهذا لا يلزمه نفقتها فلم يكن عليه بعوض حصل للمواجر فبقيت العين ردها كالوديعة **حتى لو** امسكها اياما فهلكت في يده لم يضمن سوا طلب من المواجر او لم يطلب لانه لا يلزمه الرد الى بيته بعد الطلب فلم يكن متعديا في الامساك فلا يضمن كالمودع اذا امتنع عن رد الوديعة الى بيت المودع حتى هلكت **وهذا بخلاف** المستعار ان رده على المعير

لان

لان نفعه له على الخصوص فكان رده عليه لقوله عليه السلام الخراج بالضمان ولهذا كانت نفقته عليه فكذا مونة الرد فان كان استاجرها من موضع مسمى في المصر ذاهبا وجاييا فان على المستاجر ان ياتي بها ذلك الموضع الذي قبضها فيه لا لان الرد واجب عليه بل لاجل المسافة التي يتناولها العقد لان عقد الاجارة لا ينتهي الا برده الى ذلك الموضع فان حملها الى منزله فامسكها حتى عطبت ضمن قيمتها لانه متعدي في حملها الى غير موضع العقد فان قال المستاجر اركبها من هذا الموضع الى موضع كذا وارجع الى منزلي فليس على المستاجر ردها الى منزل المواجر لانه لما عاد الى منزله فقد انقضت الاجارة فبقيت امانة في يده لم يبرح المالك بالانتفاع بها فلا يلزمه ردها كالوديعة **وليس** للظير ان تاخذ صبيا اخر فترضعه مع الاول فان اخذت صبيا اخر فارضعته مع الاول فقد اساءت واثمت ان كانت قد اضرت بالصبي ولها الاجر على الاول والاخر اما الاثم فلانه قد استحق عليها كمال الرضاع ولما ارضعت صبيين فقد اضرت باحدهما لنقصان اللبن **واما** استحقاق الاجرة فلان الداخل تحت العقد الارضاع مطلقا وقد وجد **وللمرضع** ان يستاجر ظيرا اخرى لقوله تعالى وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما اتيتم بالمعروف نفي الجناح عن المسترضع مطلقا فان ارضعته الاخرى فلها الاجر ايضا فان استاجرت الظير ظيرا اخرى فارضعته او دفعت الصبي الى جاريتها فارضعت فلها الاجر استحسانا والقياس ان لا يكون لها الاجر **وجه القياس** ان العقد وقع على عملها فلا تستحق الاجر بعمل غيرها كمن استاجر اجيرا ليعمل بنفسه فامر غيره فعمل لم يستحق الاجر فكذا هذا وجه الاستحسان ان ارضاعها قد يكون بنفسها وقد يكون بغيرها لان الانسان تارة يعمل بنفسه وتارة بغيره ولان الثانية لما عملت بامر الاولى وقع عملها للاولى فصار كانها عملت بنفسها **هذا** اذا اطلق فاما اذا قيد ذلك بنفسها ليس لها ان ترضع اخرى لان العقد اوجب الارضاع بنفسها **واذا استاجرت** اخرى فارضعته لا تستحق الاجر كما قلنا في الاجارة على الاعمال وليس للمسترضع ان يحبس الظير في منزله اذا لم يشترط ذلك عليها ولها ان تاخذ الصبي الى منزلها لان المكان لم يدخل تحت العقد وليس على الظير طعام الصبي ودواه لان ذلك لم يدخل تحت العقد وما ذكر في الاصل ان على الظير ما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فذلك محمول على العادة وقد قالوا في توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود انها تحمل على عادة كل بلد حتى قالوا فيمن استاجر رجلا يضرب له لبنا ان الزبن واللبن على صاحب اللبن وهذا على عادتهم وقالوا في الخياط ان السلوك عليه لان عادتهم جرت بذلك وقالوا في الدقيق الذي يصلح الحايك به الثوب انه على صاحب الثوب فان كان اهل بلد تعاملوا على خلاف ذلك فهو على ما يتعاملون وقالوا فيمن استاجر على حفر قبر ان حثي التراب عليه ان كان اهل تلك البلاد يتعاملون به وتشريج اللبن على اللبان واخراج الخبز من التنور على الخباز لان ذلك من تمام العمل وقالوا في الطباخ اذا استوجر في عرس ان اخراج المرق عليه وللوطبخ قدرا خاصة ففرغ منها فله الاجر وليس عليه من اخراج المرق شي وهو مبني على العادة يختلف باختلاف العادة **وقالوا** فيمن يكاري دابة يحمل عليها حنطة الى منزله فلما انتهى اليه اراد صاحب الحنطة ان يحمل المكاري ذلك فيدخله منزله وابى المكاري قال ابو حنيفة رحمه الله على ما يعتاده الناس ويتعاملون عليه واذا اراد ان يصعد بها الى السطح والغرفة فليس ذلك عليه الا ان يكون

استرطه ولو كان حمالا على ظهره فعليه ادخال ذلك وليس عليه ان يصعد به الى علو البيت الا
ان يشترطه وان تكارى دابة فالاكاف على صاحب الدابة فاما الحبال والجوالق فعلى ما تعارفه
اهل الصنعة وكذلك البجاد ولو تكارى للنقط فعلى رب الدابة الا ان يكون من البلد بخلاف ذلك
فيكون على ستنهم وعلى هذا مسايل واما الشرح رجل لقيطا فاستاجر له ظيرا فالاجرة عليه
وهو متطوع في ذلك اما لزوم الاجرة اياه فلانه التزم ذلك فيلزمه واما كونه متطوعا
فيه فلانه لا ولاية له على اللقيط ولا يملك ايجاب الدين في ذمته ورضاعه على بيت المال
لانه من اهله لبيت المال واما الثاني وهو الذي يرجع الى صفة المستاجر والمستاجر فيه
فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان صفة المستاجر والمستاجر فيه والثاني في بيان ما يغير
تلك الصفة اما الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في ان المستاجر امانة في يد المستاجر
كالدار والدابة وعبد الخدمة ونحو ذلك حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمان عليه لان
قبض الاجارة قبض ماذون فيه فلا يكون مضمونا كقبض الوديعة والعارية وسوا كانت
الاجارة صحيحة او فاسدة لما قلنا واما المستاجر فيه كثوب القصارة والخياطة والمتاع
المحمول في السفينة او على الدابة او الحمال ونحو ذلك فالاجير لا يخلوا اما ان يكون مشتركا
واما ان كان خاصا وهو المسمى باجير الوحد فان كان مشتركا فهو امانة في يده في قول ابي
حنيفة والحسن بن زياد وهو احد قولي الشافعي حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا يضمن سوا
هلك قبل العمل او بعده وهو القياس وقال ابو يوسف ومحمد هو مضمون عليه الا من حرق
غالب او غرق غالب او لصوص مكابرين ولو احترق بيت الاجير المشترك بسراج يضمن
الاجير كذا روي عن محمد لان هذا ليس بحريق غالب الذي لا يقدر على استدراكه لو علم به
لانه لو علم به لاطفاه فلم يكن موضع العذر وهو استحسان ثم ان هلك قبل القبض يضمن قيمته
غير معمول ولا اجر له وان هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار ان شا ضمنه قيمته معمولا واعطاه الاجر
بحسابه وان شا ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له واحتجا بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال على اليد ما اخذت حتى ترده وقد عجز عن رد عينه بالهلاك فيجب رد قيمته قايما مقامه
وروي ان عمر رضي الله عنه كان يضمن الاجير المشترك احتياطا لاموال الناس وهو المعنى
في المسالة وهو ان هولاء الاجرا الذين يسلم اليهم المال من غير شهود يخاف الخيانة منهم فلو
علموا انهم لا يضمنون لهلكت اموال الناس لانهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك وهذا المعنى
لا يوجد في الحرق الغالب والغرق الغالب والسرق الغالب ولابي حنيفة ان الاصل ان لا يجب
الضمان الا على المتعدي لقوله تعالى ولا عدوان الا على الظالمين ولم يوجد التعدي من
الاجير لانه ماذون في القبض والهلاك ليس بصنعه فلا يجب الضمان عليه ولهذا لا يجب
الضمان على المودع والحديث لا يتناول الاجارة لان الرد في باب الاجارة لا يجب على
المستاجر فكان المراد منه الاعارة والغصب وفعل عمر رضي الله عنه يحمل انه كان في بعض الاجرا
او من اتهم بالخيانة وبه نقول ثم عندهما انما يجب الضمان على الاجير اذا هلك في يده
لان العين انما تدخل في الضمان عندهما بالقبض كالعين المغصوبة فما لم يوجد القبض
لا يجب الضمان حتى لو كان صاحب المتاع معه راكبا في السفينة او راكبا على الدابة
التي عليها الحمل فعطب الحمل من غير صنع الاجير لا ضمان عليه لان المتاع في يد صاحبه وكذلك

اذا

اذا كان صاحب المتاع والمكاري راكبين على الدابة او سايقين او قايدين لان المتاع في ايديهما
فلم ينفرد الاجير باليد فلا يلزمه ضمان اليد وروى بشر عن ابي يوسف انه ان سرق المتاع من
راس الحمال وصاحب المتاع يمشي معه لا ضمان عليه لان المتاع لم يصر في يده حيث لم يخل صاحب
المتاع بينه وبين المتاع وقالوا في الطعام اذا كان في سفينتين وصاحبه في احديهما وهما مقرونتان
او غير مقرونتين الا ان سيرهما جميعا وحبسهما جميعا فلا ضمان على الملاح فيما يهلك من يده لانه هلك
في يد صاحبه وكذلك القطار اذا كان عليه حمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على الجمال لان المتاع
في يد صاحبه لانه هو الحافظ له وروى ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل استاجر حمالا يحمل
عليه زقا من سمن فحمله صاحب الزق والحمال جميعا ليضعاه على راس الحمال فانخرق الزق وذهب
ما فيه قال ابو يوسف لا يضمن الحمال لانه لم يسلم الى الحمال بل هو في يده قال وان حمله الى بيت
صاحبه ثم انزله الحمال من راسه وصاحب الزق فوقع من ايديهما فالحمال ضامن وهو قول محمد الاول
ثم رجع وقال لا ضمان عليه لابي يوسف ان الحمال المحمول دخل في ضمان الحمال بثبوت يده عليه فلا يبرأ الا
بالتسليم الى صاحبه فاذا اخذا جميعا فقد ازال الحمال يده فلا يزول الضمان لمحمد ان الشي
قد وصل الى صاحبه بانزاله فخرج من ان يكون مضمونا كما لو حملاه ابتدا الى راس الحمال فهلك
وروى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل مصحفا يعمل فيه ودفع الغلاف معه او دفع سيفا الى صيقل
يصقله باجر ودفع الجفن معه فضاعا قال محمد يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن لان
المصحف لا يستغني عن الغلاف والسيف لا يستغني عن الجفن فصارا كشي واحد قال فان
اعطاه مصحفا يعمل له غلافا او سكينا يعمل لها نصابا فضاع المصحف او ضاع السكين لم يضمنه
لانه لم يستاجره على ان يعمل فيهما بل في غيرهما ولو اختلف الاجير وصاحب الثوب فقال الاجير رددته
وانكر صاحبه فالقول قول الاجير في قول ابي حنيفة لانه امين عنده في القبض والقول قول
الامين مع اليمين ولكن لا يصدق في دعوى الاجر وعندهما القول قول صاحب الثوب لان
الثوب قد دخل في ضمانه عندهما فلا يصدق على الرد الا ببينة وان كان الاجير خاصا فما في يده
يكون امانة في قولهم جميعا حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا يضمن اما على اصل ابي حنيفة فلانه
لم يوجد منه صنع يصلح سببا لوجوب الضمان لان القبض حصل باذن المالك واما على اصلهما فلان
وجوب الضمان في الاجير المشترك ثبت استحسانا صيانة لاموال الناس ولا حاجة الى ذلك
في الاجير الخاص لان الغالب انه يسلم نفسه ولا يتسلم المال فلا يمكنه الخيانة والله اعلم واما
الثاني وهو بيان ما يغيره من صفة الامانة الى الضمان فالمغير له اشيا منها ترك الحفظ لان الاجير
لما قبض المستاجر فيه فقد التزم حفظه وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان كما اذا ترك
المودع حفظ الوديعة حتى ضاعت على ما نذكره في كتاب الوديعة ومنها الاتلاف والافساد
اذا كان الاجير متعديا فيه بان تعمد ذلك او عنف في الدق سوا كان مشتركا او خاصا وان لم
يكن متعديا في الافساد بان فسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده فان كان الاجير خاصا لم يضمن
بالاجماع وان كان مشتركا كالقصار اذا دق الثوب فتخرق او القاه في النورة فاحترق او الملاح
غرقت السفينة من عمله ونحو ذلك فانه يضمن في قول اصحابنا الثلثة وقال زفر لا يضمن وهو احد
قولي الشافعي حصل بعمل ماذون فيه فلا يجب الضمان كالاجير الخاص والمعين والدليل على انه
حصل بعمل ماذون فيه انه حصل بالدق والدق ماذون فيه ولئن لم يكن ماذونا فيه لكنه لا يمكنه
التحرز عن هذا النوع من الفساد لانه ليس في وسعه الدق المصلح فاشبه الحجام والبزاغ

ولين كان ذلك في وسعه لكنه لا يمكنه تحصيله الا بحرج والحرج منفي فكان ملحقا بما ليس في الوسع
ولنا ان الماذون فيه هو الدق المصلح لا المفسد لان العاقل لا يرضي بافساد ماله ولا يلتزم
الاجرة بمقابلة ذلك فيتقيد الامر بالمصلح دلالة وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد ممنوع بل في
وسعه ذلك بالاجتهاد في ذلك وهو بذل المجهود بالنظر في آلة الدق ومحله وارسال المدقة
على المحل على قدر ما يحتمله مع الحذاقة في العمل والمهارة في الصنعة وعند مراعاة هذه الشرايط
لا يحصل الفساد فلما حصل دل انه قصر كما يقول في الاجتهاد في امور الدين الا ان الخطا في حقوق
العباد ليس بعذر حتى يواخذ الخاطي والناسي بالضمان وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد الا بحرج
مسلم لكن الحرج انما يوثر في حقوق الله تعالى بالاسقاط لا في حقوق العباد وبهذا فارق الحجام
والبزاغ لان السلامة والسراية هناك مبنية على قوة الطبيعة وضعفها ولا يوقف على ذلك
بالاجتهاد فلم يكن في وسعه الاحتراز عن السراية فلا يتقيد العقد بشرط السلامة واما
الاجير الخاص فهناك اذ وقع عمله افسادا حقيقة الا ان عمله ملحق بالعدم شرعا لانه لا يستحق
الاجرة بعمله بل بتسليم نفسه في المدة فكانه لم يعمل وعلى هذا الخلاف الحمال اذا زلقت رجله
في الطريق او عثر فسقط وفسد حمله ولو زحمه الناس حتى فسد لم يضمن بالاجماع لانه لا يمكنه
حفظ نفسه عن ذلك فكان بمعنى الحرق الغالب والغرق الغالب ولو كان الحمال هو الذي
زاحم الناس حتى انكسر يضمن عند اصحابنا الثلثه وكذلك الراعي المشترك اذا ساق الدواب
على الرعة فازدحمن على القنطرة او على الشط فدفع بعضها بعضا فسقط في الماء فعطب
فعلى هذا الخلاف ولو تلفت دابة بسوقه او ضربه اياها فان ساق سوقا معتادا او ضرب
ضربا معتادا فعطب فهو على الاختلاف وان ساق او ضرب سوقا وضربا خلاف العادة
يضمن بلا خلاف لان ذلك اتلاف من طريق التعدي ثم اذا تخرق الثوب من عمل الاجير حتى
لا يستحق الاجرة لانه ما اوفى المنفعة بل المضرة لان ايفاء المنفعة بالعمل المصلح دون المفسد
وفي الحمال اذا وجب ضمان المتاع المحمول فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي سلمه
اليه وان شاء في الموضع الذي فسد او هلك واعطاه الاجر الى ذلك الموضع وروي عن ابي حنيفة
انه لا خيار له بل يضمنه قيمته محمولا في الموضع الذي فسد او هلك اما التخيير على اصل ابي يوسف
ومحمد فظاهر لانه وجد هنا سبب الضمان القبض والاتلاف فكان له ان يضمنه بالقبض يوم
القبض وله ان يضمنه بالاتلاف يوم الاتلاف واما على اصل ابي حنيفة ففيه اشكال
لان عنده الضمان يجب بالاتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الاتلاف
فيجب ان يعتبر قيمته يوم الاتلاف ولا خيار له على ما روي عنه والجواب عنه من وجهين احدهما
انه وجد هاهنا سببان لوجوب الضمان احدهما الاتلاف والثاني العقد لان الاجير
بالعقد السابق التزم الوفا بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف من
اسباب وجوب الضمان فيثبت له الخيار ان شاء ضمنه بالعقد وان شاء بالاتلاف والثاني انه
لم يوجد منه ايفا المنفعة في القدر التالف فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فيثبت له
الخيار ان شاء رضي بتفرقها وان شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك الا بالتخيير ولو كان المستاجر
على حمله عبيدا صغارا او كبارا فلا ضمان على الكاري فيما عطب من سياقه ولا قوده ولا
يضمن بنو ادم من وجه الاجارة ولا يشبه هذا المتاع لان ضمان بني ادم ضمان جناية وضمان
الجناية لا يجب بالعقد ودلت هذه المسيلة على ان ما يضمنه الاجير المشترك يضمنه بالعقد لا

بالافساد

بالافساد والاتلاف لان ذلك يستوي فيه المتاع والادمي فان وجوب الضمان فيه
بالخلاف لا بالاتلاف وذكر بشر في نوادره عن ابي يوسف في القصار اذا استعان
بصاحب الثوب ليدق معه فتخرق ولا يدري من اي الدقين تخرق وقد كان صحيحا
قبل ان يدقاه قال على القصار نصف القيمة وقال ابن سماعة عن محمد الضمان كله على
القصار حتى يعلم انه تخرق من دق صاحبه او من دقهما وجه قول محمد ان اصلهما ان الثوب
دخل في ضمان القصار بالقبض بيقين فلا يخرج عن ضمانه الا بيقين مثله وهو ان يعلم
ان التخرق حصل بفعل غيره ولابي يوسف ان الفساد احتمل ان يكون من فعل القصار واحتمل ان
يكون من فعل صاحب الثوب فيجب الضمان على القصار في حال ولا يجب في حال فلزم
اعتبار الاحوال فيه فيجب نصف القيمة وقالوا في تلميذ الاجير المشترك اذا وطي على ثوب من
القصارة فخرقه يضمن لانه وطي الثوب غير ماذون فيه ولو وقع من يده سراج فاحرق ثوبا
من القصارة فالضمان على الاستاذ ولا ضمان على التلميذ لان الذهاب والمجي بالسراج عمل ماذون
فيه فينتقل عمله الى الاستاذ كانه عمله بنفسه فيجب الضمان عليه ولو دق هذا الغلام ثوبا فانقلب
الكودين من يده فخرق ثوبا من القصارة فالضمان على الاستاذ لان هذا من عمل القصارة فكان
مضافا الى الاستاذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه وهو انما يملك ذلك في ثياب القصارة
لا في ثوب الوديعة فبقي مضافا اليه فيجب عليه الضمان كالاجنبي وكذلك لو وقع من يده سراج
على ثوب الوديعة فاحرقه فالضمان على الغلام لما قلنا وذكر في الاصل لو ان رجلا دعا قوما
الى منزله فمشوا على بساطه فتخرق لم يضمنوا وكذلك لو جلسوا على وسادة لانه ماذون في المشي
على البساط والجلوس في الوسادة فالمتولد منه لا يكون مضمونا ولو وطيوا انية من الاواني ضمنوا
لان هذا مما لا يوذن في وطيه وكذلك ان وطيوا ثوبا لا يبسط مثله ولو قلبوا انا بايديهم فانكسر
لم يضمنوا لان ذلك عمل ماذون فيه ولو كان رجل منهم متقلدا سيفا فخرق السيف الوسادة
لم يضمن لانه ماذون في الجلوس على هذه الصفة ولو جفف القصار ثوبا على حبل في الطريق
فمرت عليه حمولة فخرقته لا ضمان على القصار والضمان على سايق الحمولة لان الجناية من السايق
لان المشي في الطريق مقيد بشرط السلامة فكان التلف مضافا اليه فكان الضمان عليه ولو تكارى
رجل دابة ليركبها فضربها فعطبت او كبحها باللجام فعطبت من ذلك فانه ضامن الا ان ياذن له صاحب
الدابة في ذلك عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يستحسن ان لا يضمنه اذا لم يتعد في الضرب
المعتاد والكبح المعتاد وجه قولهما ان ضرب الدابة وكبحها معتادا متعارف والمعروف كالمشروط
ولو شرط ذلك لا يضمن كذا هنا ولابي حنيفة ان كل واحد منهما من الضرب والكبح غير ماذون فيه
لان العقد لا يوجب الاذن لا بذلك لامكان استيفا المنافع بدونه فصار كما لو كان ذلك من
اجنبي على انا قلنا انه ماذون فيه لكنه مقيد بشرط السلامة لانه يفعله لمنفعة نفسه مع كونه
مخيرا فيه فاشبه ضربه كزوجته ودعوى العرف في غير الدابة المملوكة ممنوعة على ان كونه
ماذونا فيه لا يمنع وجوب الضمان اذا كان مقيدا بشرط السلامة على ما ذكرنا والله اعلم ومنها
الخلاف وهو سبب لوجوب الضمان اذا وقع غصبا لان الغصب سبب لوجوب الضمان وجملة الكلام
فيه ان الخلاف قد يكون في الجنس وقد يكون في القدر وقد يكون في الصفة وقد يكون في المكان
وقد يكون في الزمان والخلاف من هذه الوجوه قد يكون في استيجار الدواب وقد يكون في استيجار
الصناع كالحايك والصباغ والخياط خلا المكان اما استيجار الدواب فالمعتبر في الخلاف

في الجنس والقدر والصفة في استيجار الدواب ضرب الدابة فان كان الخلاف فيه في الجنس
ينظر ان كان ضرر الدابة فيه بالخفة والثقل يعتبر الخلاف في حيز الخفة والثقل فان كان الضرر
في الثاني اكثر يضمن كل القيمة اذا عطبت الدابة لانه يصير غاصبا لكلها وان كان الضرر في الثاني
مثل الضرر في الاول او اقل لا يضمن عندنا لان الاذن بالشي اذن بما هو مثله او دونه فكان
ماذونا في الانتفاع به من هذه الجهة دلالة فلا يضمن وان كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة
والثقل بل من وجه اخر لا يعتبر فيه الخلاف والثقل وانما يعتبر من ذلك الوجه لان ضرر الدابة
من ذلك الوجه وان كان الخلاف في القدر والضرر فيه من حيث الخفة والثقل يعتبر الخلاف في ذلك القدر
ويجب الضمان بقدره لان الغصب يتحقق بذلك القدر وان كان الضرر فيه من جهة اخرى يعتبر تلك
الجهة في الضمان لا الخفة والثقل وان كان الخلاف في الصفة وضرر الدابة يتشابها يعتبر الخلاف
فيها ويبنى الضمان عليها وبيان هذه الجملة في مسايل اذا استاجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعيرا
فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت يضمن قيمتها لان الحنطة اثقل من الشعير وليست من جنسه
فلم يكن ماذونا فيه اصلا فصار غاصبا كل الدابة متعديا عليها فيضمن كل قيمتها ولا اجر عليه لان الاجر
مع الضمان لا يجتمعان لان وجوب الضمان لصيرورته غاصبا ولا اجر في الغاصب على اصلنا ولان
المغصوبات تملك على اصل اصحابنا وذا يمنع وجوب الاجر عليه ولو استاجر ليحمل عليها حنطة فحمل عليها
مثل اجر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت لم يضمن وكذلك من استاجر ارضا
ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره وهما سواء وبان في الضرر بالارض وكذلك اذا استاجرها
ليحمل عليها قدرا من حنطة فحمل عليها قدرا من شعير وكذا اذا استاجر ارضا ليزرع فيها نوعا فزرع
نوعا اخر ضرره اقل من ضرر المسمى وهذا كله استحسان وهو قول اصحابنا الثلثة والقياس
ان يضمن وهو قول زفر لان الخلاف قد تحقق فيتحقق الغصب ولنا ان الخلاف الى مثله او الى
ما هو دونه في الضرر لا يكون خلافا معنى لان الثاني اذا كان مثله في الضرر كان الرضى بالاول
رضى بالثاني واذا كان دونه في الضرر فاذا رضي بالاول كان بالثاني ارضى فصار كما لو استاجر
ليحمل عليها حنطة بعينه فحمل عليها حنطة غيره وهما سواء في الكيل او ليحمل عليها عشرة فحمل عليها
تسعة انه لا يصير مخالفا لما قلنا كذا هذا ولو استاجرها ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فحمل عليها
احد عشر فان سلمت فعليه ما سمى من الاجر ولا ضمان عليه وان عطبت يضمن جزءا من احد عشر جزءا
من قيمة الدابة وهذا قول عامة العلماء وقال زفر وابن ابي ليلى يضمن قيمة كل الدابة لان التلف حصل
بالزيادة فكانت الزيادة علة التلف ولنا ان تلف الدابة حصل بالثقل والثقل بعضه
ماذون فيه وبعضه غير ماذون فيه فيقسم الثقل عشرة احد عشر فيضمن بقدر ذلك ونظير هذا
ما قال اصحابنا في حايط بين شريكين اثلاثا مال الى الطريق فاشهد على احدهما دون الاخر
فسقط الحايط على رجل فقتله فعلى الذي اشهد عليه قدر نصيبه لانه مات من ثقل الحايط
وثقل الحايط اثلاث كذا هذا وعليه الاجر لانه استوفى المعقود عليه وهو حمل عشرة مخاتيم
وانما خالف في الزيادة وانما استوفيت من غير عقد فلا اجرة لها وكذا لو استاجر سفينة
ليطرح فيها عشرة اكرار فطرح فيها احد عشر فغرقت السفينة انه يجب الضمان بقدر الزيادة
عند عامة العلماء وعند زفر وابن ابي ليلى يضمن قيمة كل السفينة لان التلف حصل بسبب الزيادة
فهي علة التلف الا ترى انه لو لم يزد لما حصل التلف والجواب ان هذا ممنوع بل التلف حصل
بالثقل الا ان الكر الزايد لو انفرد لما حصل التلف فثبت ان التلف حصل بالثقل والبعض ماذون

فيه لا ضمان عليه فيه وما هلك بما هو غير ماذون ففيه الضمان وصار كمسيلة الحايط ولو استاجر
دابة ليحمل عليها مائة رطل من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا او اقل من وزنه فعطبت الدابة يضمن
قيمتها لان ضرر الدابة ها هنا ليس للثقل بل للانبساط والاجتماع لان القطن ينبسط على ظهر الدابة
والحديد يجتمع في موضع واحد فيكون انكى لظهر الدابة واعقر فلم يكن ماذونا فيه فصار غاصبا
ولا اجر عليه لما قلنا وكذلك اذا استاجر ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حطبا او خشبا او اجرا او حديدا
او حجارة او نحو ذلك مما يكون انكى لظهر الدابة واعقر حتى عطبت يضمن كل القيمة ولا اجر عليه لما
قلنا ولو استاجر ليركبها فحمل عليها او استاجرها ليحمل عليها فاركبها حتى عطبت ضمن لان الجنس اختلف
وقد يكون العطب في احدهما اكثر ولو استاجر ليركبها فاركبها من هو مثله في الثقل او اخف ضمن لان الخلاف
ها هنا ليس من جهة الخفة والثقل بل من حيث الحذق والعلم فان خفيف البدن اذا لم يحسن الركوب
يضر بالدابة والثقيل الذي يحسن الركوب لا يضر بها فاذا عطبت علم ان التلف حصل من حرقه
بالركوب فيضمن ولا اجر عليه لما قلنا ولو استاجر ليركبها بنفسه فاركب معه غيره فعطبت فهو ضامن
نصف قيمتها ولا يعتبر الثقل ها هنا لان تلف الدابة ليس من فعل الراكب بل من قلة معرفته بالركوب
فصار تلفها بركوبهما بمنزلة تلفها بجراحتهما وركوب احدهما ماذون فيه وركوب الاخر غير ماذون
فيه فيضمن نصف قيمتها وصار كحايط بين شريكين اثلاثا اشهد على احدهما فوقعت منه
اجرة فقتلت رجلا فعلى الذي اشهد عليه نصف ديته وان كان نصيبه من الحايط اقل
من النصف لان التلف ما حصل بالثقل بل بالجرح والجراحة اليسيرة كالكبيرة في حكم الضمان
كمن جرح انسانا جراحة وجرحه اخر جراحتين فانه من ذلك فالضمان عليهما نصفين كذا
ها هنا وعليه الاجرة لانه استوفى المعقود عليه وزيادة على ذلك وهو الركوب
على ان الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب بها الاجر هذا اذا كانت الدابة
تطيق اثنين فان كانت لا تطيقهما فعليه جميع قيمتها لانه اتلفها بالركوب عليها ولو استاجر حمارا
باكاف فنزع منه الاكاف واسرجه فعطبت فلا ضمان عليه لان ضرر السرج اقل من ضرر الاكاف
لانه ياخذ من ظهر الدابة اقل مما ياخذ الاكاف ولو استاجر حمارا بسرج فنزع منه السرج واوكفه
فعطب ذكر في الاصل انه يضمن بقدر ما زاد الاكاف على السرج ولم يذكر الاختلاف وذكر في
الجامع الصغير انه يضمن كل القيمة في قول ابي حنيفة وفي قولهما يضمن بحساب الزيادة وجه
قولهما ان الاكاف والسرج كل واحد منهما يركب به عادة وانما يختلفان بالثقل والخفة لان الاكاف
اثقل فيضمن بقدر الثقل كما اذا استاجره بسرج فنزعه واسرجه بسرج اخر اثقل من الاول
فعطب انه يضمن بقدر الزيادة كذا ها هنا ولابي حنيفة ان الاكاف لا يخالف السرج في الثقل
وانما يخالفه من وجه اخر وهو انه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ السرج ولان الدابة التي
لم تالف الاكاف يضر بها الاكاف والخلاف اذا لم يكن للثقل يجب به جميع الضمان كما اذا حمل مكان
القطن الحديد بخلاف ما اذا ابدل السرج بسرج اخر اثقل منه او الاكاف باكاف اثقل منه لان
التفاوت هناك من ناحية الثقل فيضمن بقدر الزيادة كما في الزيادة على القدر
من جنسها على ما مر ولو استاجر حمارا عاريا فاسرجه ثم ركبه فعطب كان ضامنا لان السرج اثقل
على الدابة وقيل هذا اذا استاجره ليركبه في المصر وهو من عرض الناس ممن يركب في المصر
بغير سرج فاما اذا استاجره ليركبه خارج المصر او هو من ذوي الهيات لا يضمن لان الحمار
لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا اكاف وكذا ذو الهيئة فكان الاسراج ماذونا فيه دلالة

ولا يضمن ولو استاجر حمارا بسرج فاسرجه بغيره فان كان سرجا يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه وان
كان لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن لان الثاني اذا كان مما يسرج بمثله الحمر لا يتفاوتان في العادة
فكان الاذن باحدهما اذنا بالاخر دلالة واذا كان مما لا يسرج بمثله الحمر بان كان سرجا كبيرا
كسروج البراذين كان ضرره اكثر فكان ذلك اتلافا للدابة فيضمن وكذلك اذا لم يكن عليه لجام
فالجمه فلا ضمان عليه اذا كان مثله يلجم بمثل ذلك اللجام وكذلك ان ابدله لان الحمار لا يتلف
باصل اللجام فاذا كان الحمار قد يلجم بمثله فلم يوجد منه الاتلاف ولا الخلاف فلا يضمن واما
الخلاف في المكان فيجوز ان يستاجر دابة للركوب او ليحمل الى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان
وحكمه انه لما جاوز المكان المعلوم دخل المستاجر في ضمانه حتى لو عطب قبل العود الى المكان الماذون
فيه يضمن كل القيمة ولو عاد الى المكان الماذون فيه هل يبرا عن الضمان كان ابو حنيفة اولا يقول
يبرا كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وهو قول زفر وعيسى بن ابان من اصحابنا ثم رجع وقال
لا يبرا حتى يسلمها الى صاحبها سليمة وكذلك العارية بخلاف الوديعة وجه قوله الاول
ان الشي امانة في يده الا ترى انه لو هلك في يده قبل الخلاف لا ضمان عليه فكانت يده يد المالك
فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك فاشبه الوديعة ولهذا لو هلك في يده ثم استحق
بعد الهلاك وضمنه المستحق رجع على المواجر كالمودع سوا بخلاف المستعير فانه لا يرجع وجه قوله
الاخر ان يد المستاجر يد نفسه لانه قبض الشي لمنفعة نفسه فكانت يده يد نفسه لا يد المواجر
وكذا يد المستعير لما قلنا واذا كانت يده يد نفسه فاذا ضمن بالتعدي لا يبرا من ضمانه الا برده
صاحبه لانه لا يكون الاعادة الى المكان الماذون فيه الى يد نايب المالك فلا يبرا من الضمان
بخلاف الوديعة لان يد المودع يد المالك لا يد نفسه الا ترى انه لا ينتفع بالوديعة فكان العود
الى الوفاق ردا الى يد نايب المالك فكان ردا الى المالك معنى فينتفي الغرم واما الرجوع على المواجر
بالضمان فليس ذلك لكون يده يد المواجر بل لانه صار مغرورا من جهته كالمشتري اذا استحق المبيع
من يده انه يرجع على البايع بسبب الغرور كذا هذا ولو استاجرها ليركبها الى مكان بعينه فركبها الى
مكان اخر يضمن اذا هلك وان كان الثاني اقرب من الاول لانه صار مخالفا لاختلاف الطرق
الى الاماكن فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا اجر عليه لما قلنا ولو ركبها الى ذلك المكان الذي عينه
لكن من طريق اخر ينظر ان كان الناس يسلكون ذلك الطريق لا يضمن لانه لم يصر مخالفا وان كانوا
لا يسلكونه يضمن اذا هلكت لصيرورته مخالفا غاصبا بسلوكه وان لم يهلك وبلغ الموضع المعلوم
ثم رجع وسلم الدابة الى صاحبها فعليه الاجر ولو استاجرها ليركبها او ليحمل عليها الى مكان معلوم
فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيا فعليه الاجرة لانه سلم المنافع اليه بتسليم محلها الى المكان
المعلوم فصار كما لو استاجر دارا ليسكنها فسلم المفتاح اليه فلم يسكن حتى مضت المدة انه يجب
الاجرة لما قلنا كذا هذا ولو امسك الدابة في الموضع الذي استاجرها اليه فان امسكها
على قدر ما يمسك الناس الى ان يرتحل فهلكت فلا ضمان عليه لان حبسها لذلك القدر
مستثنى عادة فكان ماذونا فيه دلالة وان حبس مقدار ما لا يحبس الناس مثله يومين ثم عطبت
يضمن لانه خالف في المكان بالامساك الخارج عن العادة فصار غاصبا فيضمن اذا هلك
ولا اجرة عليه لما قلنا ولو لم يهلك فامسكها في بيته فلا اجر عليه لما مر ان الاجر يجب بتسليم
الدابة في جميع الطريق ولم يوجد بخلاف ما اذا استاجرها عشرة ايام ليركبها فحبسها ولم يركبها
حتى ردها يوم العاشر ان عليه الاجرة وليس لصاحبها ان ياخذ ذلك وان كان يعلم انه لم يركبها

لان

لان استحقاق الاجر في الاجارة على الوقت بالتسليم في الوقت وقد وجد فيجب الاجرة كما في
اجارة الدار ونحوها بخلاف الاجارة على المسافة فان الاستحقاق هناك بالتسليم في جميع الطريق
ولم يوجد فلم يجب واما الخلاف في الزمان فيجوز ان يستاجر الدابة ليركبها او ليحمل عليها مدة معلومة
فانتفع بها زيادة على المدة فعطبت الدابة في يده ضمن لانه صار بالانتفاع بها فيما وراء المدة
المذكورة غاصبا واما استيجار الصناع من الحايك والخياط والصباغ ونحوهم فالخلاف ان كان
في الجنس بان دفع الى صباغ ليصبغه لونا فصبغه لونا اخر فصاحب الثوب بالخيار ان شا ضمنه
قيمة ثوب ابيض وسلم الثوب للاجير وان شا اخذ الثوب واعطاه ما زاد الصبغ فيه ان كان الصبغ
مما يزيد اما خيار التضمين فلفوات غرضه لان الاغراض تختلف باختلاف الالوان فله ان
يضمنه قيمة ثوب ابيض لتفويته عليه منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فكان له ان
يضمنه وان شا اخذ الثوب لان الضمان وجب حقا له فله ان يسقط حقه ولا اجر له لانه لم يات
بما وقع عليه العقد راسا حيث لم يوف العمل الماذون فيه اصلا فلا يستحق الاجر كالغاصب اذا
صبغ الثوب المغصوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد كالحمرة والصفرة ونحوها
لانه عين مال قايم بالثوب فلا سبيل الى اخذه مجانا بلا عوض فياخذه ويعطيه ما زاد الصبغ
فيه رعاية للحقين ونظرا من الجانبين كالغاصب وان كان الصبغ مما لا يوثر كالسواد على اصل
ابي حنيفة فاختار اخذ الثوب لا يعطيه شيا بل يضمنه نقصان الثوب في قول ابي حنيفة بنا
على ان السواد لا قيمة له عنده فلا يزيد بل ينقص وعندهما له قيمة فكان حكمه حكم سائر الالوان
استاجره ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطبة مع الزرع جنسان
مختلفان اذ الرطبة ليست لها نهاية معلومة بخلاف الزرع وكذا الرطبة تضر بالارض ما لا يضر
الزرع فصار في الاشتغال بزراعة الرطبة غاصبا اياها بل متلفا ولا اجر له لان الاجر مع الضمان
لا يجتمعان وقال هشام عن محمد في رجل امر انسانا بان ينقش في فصه اسمه فنقش اسم غيره
انه يضمن الخاتم لانه فوت الغرض المطلوب من الخاتم وهو الختم به فصار كالمتلف اياه قال
واذا امر رجلا ان يجدد له بيتا بخضرة فاجده اعطيه ما زادت الخضرة فيه ولا اجر له لانه لم يعمل
ما استاجره عليه راسا فلا يستحق الاجرة ولكن يستحق فيه الصبغ الذي زاد في البيت لما مر
ولو دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شا ضمنه قيمة الثوب وان شا اخذ
القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمى لان القباء والقميص مختلفان في الانتفاع فصار
مفوتا منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فله ان يضمنه وله ان ياخذه ويعطيه اجر
مثله لما قلنا وان كان الخلاف في الصفة نحو ان دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ مسمى فصبغه
بصبغ اخر لكنه من جنس ذلك اللون فلصاحب الثوب ان يضمنه قيمته ابيض ويسلم الثوب اليه وان
شا اخذ الثوب واعطاه مثله لا يجاوز به ما سمى اما ثبوت الخيار فلما ذكرنا في الخلاف في الجنس
وانما وجب الاجر هاهنا لان الخلاف في الصفة لا يخرج العمل من ان يكون معقودا عليه فقد اتى
باصل المعقود عليه الا انه لم يات بوصفه فمن حيث انه لم يات بالوصف الماذون فيه لم يجب المسمى
ومن حيث انه اتى بالاصل وجب اجر المثل ولا يجاوز به المسمى لان هذا شان اجر المثل لما نذكر
وروى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل سما ليضرب له طشتا موصوفا معروفا فضرب له كوزا قال
ان شا ضمنه مثل شبهه ويصير الكوز للعامل وان شا اخذه واعطاه اجر مثل عمله لا يجاوز به
ما سمى لان العقد وقع على الضرب والصناعة صفة فقد فعل المعقود عليه باصله وخالف

في الصفة فيثبت للمستعمل الخيار وعلى هذا اذا دفع غزلا الى حايك ليحوك له ثوبا صفيقا فحاكه
ثوبا رقيقا او شرط عليه ان يحوك له ثوبا رقيقا فحاكه صفيقا ان صاحب الثوب بالخيار ان شا ضمنه
مثل غزله وان شا اخذ الثوب واعطاه اجر مثله في عمله لا يجاوز به ما سمى وذكر في الاصل اذا دفع
خفه الى خفاف لينعله فانعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار ان شا ضمنه خفه
بغير نعل وان شا اخذه واعطاه اجر مثله في عمله وقيمة النعل لا يجاوز به ما سمى وان كان ينعل مثله
الخفاف فهو جايز وان لم يكن جيدا اما ثبوت الخيار اذا انعله بما لا ينعل مثله الخفاف فلانه لم يات
بالمامور به انما اتى بما لم يومر به ابتدا فصار كالغاصب اذا انعل الخف المغصوب فكان للمالك
ان يضمنه كالغاصب وله ان ياخذ الخف لان ولاية التضمين ثبتت لحق المالك فاذا رضي بالاخذ
كان له ذلك واذا اخذ اعطاه اجر مثله لانه ماذون في العمل وقد اتى باصل العمل وانما خالف
في الصفة فله ان يختاره ويعطيه اجر المثل ولا يعطيه المسمى لان ذلك بمقابلة عمل موصوف ولم يات
بالصفة ويعطيه ما زاد النعل لانه عين مال قايم للخفاف فصار كمن له الصبغ في الثوب وانما
جعل الخيار في هذه المسايل الى صاحب الخف والثوب لانه صاحب متبوع والنعل والصبغ تبع
فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل اولى وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو جايز وان لم يكن جيدا
لان الاذن يتناول ادنى ما يقع عليه الاسم وقد وجد ولو شرط عليه جيدا فانعله بغير جيد
فان شا ضمنه قيمة الخف وان شا اخذ الخف واعطاه اجر مثله في عمله وقيمة ما زاد فيه لا يجاوز به
ما سمى لان الردي من جنس الجيد وثبت الخيار لفوات الوصف المشروط وان كان الخلاف في القدر
نحو ما ذكر محمد رحمه الله في الاصل في رجل دفع غزلا الى حايك لينسجه له سبعا في اربع فخالف
بالزيادة او بالنقصان فان خالف بالزيادة على اصل المذكور فان الرجل بالخيار ان شا ضمنه
مثل غزله وسلم الثوب له وان شا اخذ الثوب واعطاه الاجر المسمى اما ثبوت الخيار فلانه لم يحصل
له غرضه لان الزيادة في قدر الذرع يوجب نقصانا في الصفة وهي الصفاقة فيفوت
غرضه فيثبت له الخيار فان شا ضمنه مثل غزله لتعديه عليه بتفويت منفعة مقصودة وان شا اخذ
واعطاه الاجر الذي سماه لانه اتى باصل العمل الذي هو معقود عليه وانما خالف في الصفة والخلاف
في صفة العمل لا يخرج العمل من ان يكون معقودا عليه كمن اشترى شيا فوجده معيبا حتى كان
له ان ياخذه مع العيب وان كان الخلاف في النقصان ففيه روايتان ذكر في الاصل ان له ان ياخذه
ويعطيه من الاجر بحسابه وذكر في رواية اخرى ان عليه اجر المثل وجه هذه الرواية انه
لما نقص في القدر فقد فوت الغرض المطلوب من الثوب فصار كانه عمل باجارة فاسدة ليس
فيها اجر مسمى وجه رواية الاصل ان العقد وقع على عمل مقدر ولم يات بالقدر فصار كما لو
عقد على نقل كر من الطعام الى موضع كذا بدرهم فنقل بعضه انه يستحق من الاجر بحسابه كذا ها هنا
وان اوفاه الوصف وهو الصفاقة والذرع وزاد فيه فقد روى هشام عن محمد ان صاحب
الثوب بالخيار ان شا ضمنه مثل غزله وصار الثوب للصانع وان شا اخذ الثوب واعطاه المسمى
ولا يزيد للذرع الزايد شيا اما ثبوت الخيار فلتغير الصفة اذ الانسان قد يحتاج الى الثوب
القصير ولا يحتاج الى الطويل فيثبت الخيار ولانه اذا زاد في طوله فقد استكثر من الغزل
فان اخذه فلا اجر له في الزيادة لانه متطوع فيها حيث عملها بغير اذن صاحبها فكان متبرعا
فلا يستحق الاجر عليها وذكر في الاصل اذا اعطى صباغا ثوبا ليصبغه بعصفر ربع الهاشمي
بدرهم فصبغه بقفيز عصفر واقر به الثوب بذلك فان رب الثوب بالخيار ان شا ضمنه قيمة ثوبه

وان

وان شا اخذ الثوب واعطاه ما زاد العصفر فيه مع الاجر وذكر القدوري ان مشايخنا
ذكروا فيه تفصيلا فقالوا ان هذا على وجهين ان كان صبغه اولا بربع الهاشمي ثم صبغه بثلثة ارباع
القفيز فصاحب الثوب بالخيار ان شا ضمنه قيمة ثوبه وان شا اخذه واعطاه الاجر المسمى وما زاد
لثلثة ارباع القفيز في الثوب لانه لما امره بالصبغ الماذون فيه اولا وهو ربع الهاشمي فقد اوفى
المعقود عليه وصار متعديا بالصبغ الثاني كانه غصب ثوبا مصبوغا بعصفر بالربع ثم صبغه
بثلثة الارباع فيثبت له الخيار ان شا اخذ الثوب واعطاه المسمى لانه سلم الصبغ المعقود عليه
فيلزمه المسمى ويعطيه ما زاد الصبغ الثاني فيه لانه عين مال قايم للصباغ في الثوب وان شا ضمنه
قيمة الثوب مصبوغا بربع القفيز ووجب الاجر لان الصبغ في حكم المقبوض من وجه لحصوله في ثوبه
لكن لم يحصل القبض فيه لانه لم يحصل في يده فكان مقبوضا من وجه دون وجه فكان له فسخ القبض
لفوات الصفة المقصودة وله ان يضمنه ويجب الاجر وان كان صبغه ابتدا بقفيز فله ما زاد الصبغ
ولا اجر له لانه لم يوف بالعمل الماذون فيه فلم يصل المعقود عليه فيصير كانه غصب ثوبا وصبغه
بعصفر وروى ابن سماعة عن محمد خلاف ذلك وهو ان له ان ياخذ الثوب ويعطيه
الاجر وما زاد العصفر فيه مجتمعا كان او متفرقا لان الصبغ لا يتشرب في الثوب دفعة
واحدة بل شيا فشيا فيستوي فيه الاجتماع والافتراق واما الاجارة الفاسدة
وهي التي فاتها شرط من شرايط الصحة فحكمها الاصلي هو ثبوت الملك للمواجر في اجر المثل
لا في المسمى بمقابلة استيفا المنافع المملوكة ملكا فاسدا لان المواجر لم يرض باستيفاء
المنافع الا ببدل ولا وجه الى ايجاب المسمى لفساد التسمية فيجب اجر المثل ولان الموجب
الاصلي في عقود المعاوضات هو القيمة لان مبناها على المعادلة والقيمة هي العدل
الا انها مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فيعدل منها الى
المسمى عند صحة التسمية فاذا فسدت وجب المصير الى الموجب الاصلي وهو اجر المثل ها هنا
لانه قيمة المنافع المستوفاه الا انه لا يزاد على المسمى في عقد فيه تسمية عند اصحابنا لانه قيمة
المنافع الثلثة وعند زفر يزاد ويجب بالغا ما بلغ بناء على ان المنافع عند اصحابنا الثلثة
غير متقومة شرعا بانفسها وانما تتقوم بالعقد بتقويم العاقدين والعاقدان ما
قوماها الا بالقدر المسمى فلو وجبت الزيادة على المسمى لوجبت بلا عقد وانها لا تتقوم
بلا عقد بخلاف البيع الفاسد ان المبيع بيعا فاسدا مضمون بقيمته بالغة ما بلغت لان
الضمان هناك بمقابلة العين والاعيان متقومة بانفسها فوجب كل قيمتها وفي قول
زفر وبه اخذ الشافعي هي متقومة بانفسها بمنزلة الاعيان فكانت مضمونة بجميع قيمتها
كالاعيان هذا اذا كان في العقد تسمية فاما اذا لم يكن فيه تسمية فانه يجب اجر المثل
بالغا ما بلغ بالاجماع لانه اذا لم يكن فيه تسمية والاجر لا يرضى باستيفا المنافع بغير بدل
كان ذلك تمليكا بالقيمة التي هي الموجب الاصلي دلالة وكان تقويما للمنافع باجر المثل اذ هو
قيمة المنافع في الحقيقة ولا يثبت في هذه الاجارة شي من الاحكام التي هي من التوابع
الا ما يتعلق بصفة المستاجر له وفيه وهي كونه امانة في يد المستاجر حتى لو هلك لا
يضمن المستاجر لحصول الهلاك في قبض ماذون فيه من قبل المواجر واما الاجارة الباطلة
وهي التي فاتها شرط من شرايط الانعقاد فلا حكم لها راسا لان ما لا ينعقد فوجوده
في حق الحكم وعدمه بمنزلة واحدة وهو نظير الباطل من التصرفات الشرعية كالبيع ونحوه

والله اعلم **فصل** واما حكم اختلاف العاقدين في عقد الاجارة فان اختلفا
في مقدار البدل او المبدل والاجارة وقعت صحيحة ينظر ان كان اختلافهما قبل استيفاء
المنافع تحالفا لقول النبي صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا والاجارة
نوع بيع فيتناولها الحديث والرواية الاخرى وهي قوله والسلعة قائمة بعينها تتناول
بعض انواع الاجارة وهو ما اذا باع عينا بمنفعة واختلفا فيها واذا ثبت التحالف في نوع
بالحديث ثبت في الانواع كلها بنتيجة الاجماع لان احدا لا يفصل بينهما ولان التحالف قبل
استيفاء المنفعة موافق للاصول لان اليمين في اصول الشرع على المنكر وكل واحد منهما مدعي
من وجه ومنكر من وجه لان المواجر يدعي على المستاجر زيادة الاجرة والمستاجر ينكر والمستاجر
يدعي على المواجر وجوب تسليم المواجر بما يدعي من الاجرة والمواجر ينكر فكان كل واحد منهما
منكرا من وجه واليمين وظيفة المنكر في اصول الشرع ولهذا جرى التحالف قبل القبض في
بيع العين والتحالف هاهنا قبل القبض لانهما اختلفا قبل استيفاء المنفعة ثم ان كان الاختلاف
في قدر البدل يبدا بيمين المستاجر لانه منكر وجوب الاجرة الزايدة وان كان في قدر المبدل
يبدا بيمين المواجر لانه منكر وجوب تسليم زيادة المنفعة واذا تحالفا يفسخ وايهما نكل
لزمه دعوى صاحبه لان النكول بذل او اقرار والبدل والمبدل كل واحد منهما يحتمل البذل
والاقرار وايهما اقام البينة يقضي ببينته لان الدعوى لا تقابل الحجة وان اقاما جميعا
البينة فان كان الاختلاف في البدل فبينة المواجر اولى لانها تثبت زيادة الاجرة وان
كان الاختلاف في المبدل فبينة المستاجر اولى لانها تثبت زيادة المنفعة فان ادعى المواجر
فضلا فيما يستحق من الاجر وادعى المستاجر فضلا فيما يستحق من المنفعة بان قال المواجر
اجرتك هذه الدابة الى القصر بعشرة وقال المستاجر الى الكوفة بخمسة او قال المواجر
اجرتك شهرا بعشرة وقال المستاجر شهرين بخمسة فالامر في التحالف والنكول واقامة احدهما
البينة على ما ذكرنا وان اقاما جميعا البينة قبلت بينة كل واحد منهما على الفضل الذي يثبته
لعقد الاجارة فيكون الى الكوفة بعشرة وشهرين بعشرة لان بينة كل واحد منهما تثبت زيادة
لان بينة المواجر تثبت زيادة الاجر وبينة المستاجر تثبت زيادة المنفعة فتقبل كل واحدة
منهما على الزيادة التي تثبتها وان كان اختلافهما بعدما استوفى المستاجر بعض المنفعة بان سكن
الدار المستاجرة بعض المدة او ركب الدابة المستاجرة بعض المسافة ثم اختلفا فالقول
قول المستاجر فيما مضى مع يمينه ويتحالفان وتفسخ الاجارة فيما بقي لان العقد على المنافع
ساعة فساعة على حسب حدوثها شيئا فشيئا فكان كل جزء من اجزاء المنفعة معقودا عليه
مبتدا فكان ما بقي من المدة او المسافة منفردا بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك
بعض المبيع على قول ابي حنيفة انه لا يثبت التحالف عنده لان البيع ورد على جملة واحدة وهي
العين القايمة للحال وكل جزء من المبيع ليس بمعقود عليه مبتدا انما الجملة معقود عليها بعقد
واحد فاذا تعذر الفسخ في قدر الهالك تعذر في الباقي وان كان اختلافهما بعد مضي وقت
الاجارة او بعد بلوغ المسافة التي استاجرها لا يتحالفان فيه والقول قول المستاجر في مقدار
البدل مع يمينه ولا يمين على المواجر لان التحالف يثبت للفسخ والمنافع المعلقة لا تحتمل
فسخ العقد فلا يثبت التحالف وهذا على اصل ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان قيام المبيع
في باب البيع شرط جريان التحالف حتى لا يثبت التحالف في البيع الهالك والمنافع هاهنا هالكة

فلا

فلا يثبت فيها التحالف **واما محمد** فيحتاج الى الفرق بين المبيع الهالك وبين المنافع الهالكة
ووجه الفرق له ان المنافع غير متقومة بانفسها على ما قلنا وانما تتقوم فلا يثبت التحالف
بخلاف الاعيان فانها متقومة بانفسها فاذا انفسخ البيع بالتحالف يبقى المبيع متقوما
بنفسه في يد المشتري فيجب عليه قيمته وانما كان القول قول المستاجر لانه المستحق عليه
والخلاف متى وقع في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه والله اعلم **وان كان** الاختلاف
في جنس الاجرة بان قال المستاجر استاجرت هذه الدابة الى موضع كذا بعشرة دراهم
وقال الاجر بدينار فالحكم في التحالف والنكول واقامة احدهما البينة ما وصفنا فان اقاما
جميعا البينة فالبينة بينة المواجر لانها تثبت الاجرة حالة وبينة المستاجر تثبت الاجرة
حالة فكانت بينة المواجر اولى بالقبول **ولو اختلفا** فقال المواجر اجرتك هذه الدابة
الى القصر بدينار وقال المستاجر الى الكوفة بعشرة دراهم واقاما البينة فهي الى الكوفة بدينار
وخمسة دراهم لان الاختلاف الى القصر وقع في البدل فكانت بينة المواجر اولى لما قلنا وثبت
الاجارة الى القصر بدينار ثم ان المستاجر يدعي من القصر الى الكوفة بخمسة لان القصر نصف
الطريق والمواجر يجحد هذه الاجارة فالبينة المثبتة للاجارة اولى من النافية وقد روى
ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل استاجر من رجل دارا سنة فاختلفا فاقام المستاجر البينة
انه استاجر احد عشر شهرا منها بدرهم وشهرا بتسعة واقام رب الدار البينة انه اجرها بعشرة
قال فاني اخذ ببينة رب الدار لانه يدعي فضل اجرة في احد عشر شهرا وقد اقام على ذلك
بينة فنقبل بينته فاما الشهر الثاني عشر فقد اقر المستاجر للمواجر فيه بفضل الاجرة فيما
ادعى فان صدقه على ذلك والا سقط الفضل بتكذيبه **ولو اختلف** الخياط ورب الثوب
فقال رب الثوب امرتك ان تقطعه قباء وقال الخياط امرتني ان اقطعه قميصا فالقول قول
رب الثوب مع يمينه عندنا والخياط ضامن قيمة الثوب وان شاء رب الثوب اخذ الثوب
واعطاه اجر مثله **وقال** ابن ابي ليلى القول قول الخياط مع يمينه **واختلف** قول الشافعي
فقال في موضع مثل قولنا وفي موضع قال يتحالفان فاذا حلفا سقط الضمان عن الخياط
وسقط الاجر وجه قول ابن ابي ليلى ان صاحب الثوب اقر بالاذن بالقطع ثم انه
يدعي زيادة صفة توجب الضمان ويسقط الاجر والخياط ينكر فكان القول قوله
ولنا ان الاذن يستفاد من قبل صاحب الثوب فكان الاذن في صفة الاذن قوله
ولهذا لو وقع الخلاف في صفة الاذن بالقطع فقال صاحب الثوب لم اذن بالقطع
كان القول قوله فكذا اذا قال لم اذن بقطعه قميصا وقد خرج الجواب عما ذكره ابن
ابي ليلى لان الماذون فيه قطع القباء لا مطلق القطع ولا معنى لاحد قولي الشافعي
لان التحالف وضع للفسخ ولا يمكن الفسخ هاهنا فلا يثبت التحالف ولان صاحبه يدعي
على الخياط الغصب والخياط يدعي الاجر وذلك لا يثبت فيه تحالف وانما كان له
تضمين الخياط قيمة الثوب لان صاحب الثوب لما حلف على دعوى الخياط فقد صار
الخياط بقطعه الثوب لا على الصفة الماذون فيها متصرفا في ملك غيره بغير اذنه
فصار متلفا الثوب عليه فيضمن قيمته وان شاء رب الثوب اخذ الثوب واعطاه اجر مثله
اما اختيار اخذ الثوب فلانه اتى باصل المعقود عليه مع تغير الصفة فكان لصاحب
الثوب الرضا واعطاه اجر المثل لا المسمى لانه لم يات بالمامور به على الوصف الذي امره

وطريقة اخري لبعض مشايخنا ان منفعة القبا والقميص متقاربة لانه يمكن ان ينتفع
بالقبا انتفاع القميص بان يشد وسطه وازاره وانما يفوت بعض الاغراض فقد وجد
المعقود عليه مع العيب فيستحق الاجر حتي قالوا لو قطعه سراويلا لم يجب الاجرة لاختلاف
منفعة القبا والسراويل فلم يات بالمعقود عليه راسًا قال القدوري والرواية بخلاف
هذا فان هشامًا روي عن محمد في رجل دفع شبها ليضرب طستًا موصوفا معروفا فضرب به
كوزا ان صاحبه بالخيار ان شا ضمنه مثل شبهه والكوز للعامل وان شا اخذه واعطاه اجر
مثله لا يجاوز به ما سمي فقي السراويل يجب ان يكون كذلك ووجهه ما مر ان العقد وقع علي
الضرب والصناعة صفة فيه فقد وافق في اصل المعقود عليه وخالف في الصفة فيثبت
للمستعمل الخيار وروي بن سماعة وبشر عن ابي يوسف في رجل امر رجلا ان ينزع له ضرسًا
منا كلا فنزع ضرسًا منا كلا فقال الامر امرتك بغير هذا الاجر وقال المامور امرتني بالذي
نزعت فان ابا حنيفة قال في ذلك القول قول الامر مع يمينه لما بينا ان الامر يستفاد
من قبله خاصة فكان القول في المامور قوله **قال** في الاصل في رجل دفع الي صباغ ثوبا
ليصبغه احمر فصبغه احمر بعلم وصفر بالعصفر ثم اختلفا في الاجرة فقال الصباغ
عملته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين فان قامت لهما بينة اخذت ببينة الصباغ وان لم تقم
لهما بينة فاني انظر الي ما زاد العصفر في قيمة الثوب فان كان درهما او اكثر اعطيته درهما
بعد ان يحلف الصباغ ما صبغته بدانقين وان كان ما زاد في الثوب من العصفر اقل من
دانقين اعطيته دانقين بعد ان يحلف صاحب الثوب ما صبغه الا بدانقين **اما** اذا
اذا قامت لهما بينة فلان بينة الصباغ تثبت زيادة اجرة فكانت اولي بالقبول واما اذا لم
تقم لهما بينة فلان ما زاد العصفر في قيمة الثوب اذا كان درهما او اكثر كان الظاهر شاهدا
للصباغ الا انه لا يزاد علي درهم لانه رضي بسقوط الزيادة واذا كان ما زاد العصفر
دانقين كان الظاهر شاهد لرب الثوب الا انه لا ينقص من دانقين لانه رضي بذلك
وان كان يزيد في الثوب نصف درهم قال اعطيت الصباغ ذلك بعد ان يحلف ما صبغته
وهذا لانهما العصار مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجرة ولا بينة لهما ان القول قول
رب الثوب مع يمينه لانه ليس في الثوب غير ما هو قائم للقصار فلم يوجد ما يصلح حكما فيرجع
الي قول صاحب الثوب لان القصار يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله
مع يمينه وكذلك كل صبغ له قيمة فان كان الصبغ اسود فالقول قول رب الثوب مع يمينه
علي اصل ابي حنيفة ان السواد نقصان عنده وكذلك كل صبغ ينقص الثوب لانه تعذر القضا
بالدعوي للتعارض ولا سبيل الي الرجوع الي قيمة الصبغ لانه لا قيمة له الي قول المستحق عليه **ولو
اختلف** الصباغ ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك بالعصفر وقال الصباغ بالزعفران
فالقول قول رب الثوب في قولهم جميعًا لان الاذن يستفاد من قبله **ومن هذا** النوع ما اذا
امر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده ثم اختلفا فقال في الاصل في رجل دفع غزلا الي
حايك ينسجه ثوبا وامره ان يزيد في الغزل رطلا من عنده مثل غزله علي ان يعطيه ثمن الغزل
واجرة الثوب دراهم مسماة فاختلفا بعد الفراغ من الثوب فقال الحايك قد زدت وقال
رب الثوب لم تزد فالقول قول رب الغزل مع يمينه علي علمه لان الصانع يدعي علي صاحب
الثوب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه لانه يمين علي فعل الغير فان حلف

يرى

يرى وان نكل عن اليمين لزمه مثل الغزل لان النكول حجة يقضى بها في هذا الباب فان اقام
الصانع بينة قبلت بينته ولو اتفقا ان غزل المستعمل كان منا وقال الصانع قد زدت فيه رطلا فوزن
الثوب فوجد زايدا علي ما دفع اليه زيادة لا نعلم ان مثلها يكون من الدقيق وادعى رب الثوب
ان الزيادة من الدقيق فالقول قول الصانع لان رب الثوب يدعي خلاف الظاهر وان كان
الثوب مستهلكا قبل ان يعلم وزنه ولم يقر المستعمل انه فيه ما قال الصانع فالقول قول رب الثوب
لان الصانع يدعي عليه الضمان ولا ظاهر يشهد له ها هنا فلم يقبل قوله **وقال هشام** عن محمد في رجل
دفع الي صايغ عشرة دراهم فضة وقال زد فيها درهمين قرضا علي فصغه قلبا واجرك
درهم فصاغه وجاء به مصوغا فاختلفا فقال الصايغ قد زدت عليه درهمين وقال رب القلب
لم تزد شيا قال محمد يتحالفان ثم الصايغ بالخيار ان شا دفع اليه القلب واخذ منه اجره خمسة
دوانيق وان شا دفع اليه عشرة دراهم فضته واخذ القلب اما التحالف فلان الصايغ يدعي علي
صاحب القلب القرض وهو ينكر فيستحلف وصاحب القلب يدعي علي الصايغ استحقاق
القلب بغير شي وهو ينكر فيستحلف واذا بطل دعوى الصايغ في القلب علم ان الوزن عشرة وانما
يزول صاحب القلب للصايغ درهما الصياغة اثني عشر درهما فاذا لم تثبت الزيادة لزمه للعشرة
خمسة دوانيق وانما كان للصايغ ان يحبس القلب ويعطي صاحب القلب مثل فضته لانه عنده ان
الزيادة ثابتة وانه يتضرر بيطلان حقه عنها من غير عوض للمقرض فلا يجوز استحقاقها بغير رضاه
ولا ضرر علي صاحب القلب لانه وصل اليه مثل حقه **قال ابن سماعة** عن محمد في رجل دفع الي نداف ثوبا
وقطنا يندف عليه وامره ان يزيد من عنده ما راي ثم ان صاحب الثوب اتاه وقد ندف علي الثوب
عشرين استارا من قطن فاختلفا فقال صاحب الثوب دفعت اليك خمسة عشر استارا من
قطن وامرتك ان تزيد عليه عشرة وتنقص ان رايت فلم يزد الا خمسة اساتير وقال النداف انما دفعت
الي عشرة وامرتني ان ازيد عشرة وزدتها فالقول قول النداف وعلي صاحب الثوب ان يدفع اليه
عشرة اساتير من قطن كما ادعى لان صاحب الثوب لا يدعي علي النداف مخالفة ما امره به وانما يدعي
انه دفع اليه خمسة عشر استارا فكان القول قول النداف في مقداره فيقبل العشرة زيادة فيضمنها
صاحب الثوب وان كان صاحب الثوب قال دفعت اليك خمسة عشر وامرتك ان تزيد عليه
خمسة عشر وقال النداف دفعت الي عشرة وامرتني ان ازيد عليه عشرة فزدت عليه عشرة فصاحب
الثوب في هذا بالخيار ان شا صدقه ودفع اليه عشرة اساتير واخذ ثوبه وان شا اخذ قيمة
ثوبه ومثل عشرة اساتير قطن وكان الثوب للنداف لان النداف يزعم انه فعل ما امر به وصاحب
الثوب يدعي الخلاف فكان القول قوله فيما امر به والقول قول النداف في مقدار ما قبض **وقال**
بشر عن ابي يوسف في رجل اعطي رجلا ثوبا ليقطعه قباء محشوا ودفع اليه البطانة والقطن
فقطعه وخاطه وحشاه واتفقا علي العمل والاجر وان الثوب ثوب رب الثوب والقطن قطنه
غير ان رب الثوب قال البطانة ليست بطانتي فان القول في ذلك قول الخياط مع يمينه البتة
ان هذه بطانته ويلزم رب الثوب ويسع رب الثوب ان ياخذ البطانة فيلبسها لان البطانة
امانة في يد الخياط فكان القول قوله فيها ثم ان كانت بطانة صاحب الثوب حل له لبسها وان كانت
غيرها فقد رضي الخياط بدفعها اليه بدلا فالبطانة تحل له لبسها وروى بشر بن سماعة عن ابي
يوسف فيمن اعطي حمالا متاعا ليحمله من موضع الي موضع باجر معلوم فحمله ثم اختلفا فقال
رب المتاع ليس هذا متاعي وقال الحمال هو متاعك فالقول قول الحمال مع يمينه ولا ضمان عليه

ولا يكون على الامر الاجر الا ان يصدقه و ياخذه لان المتاع امانة في يد الحمال فكان القول
قوله ولا يلزم صاحب المتاع الاجر لانه لم يعرف باستيفا المنافع فان صدقه فقد رجع
عن قوله فوجب عليه الاجر **قال** والنوع الواحد والنوعان سوا الا انه في النوع الواحد
الحنس واليمين يريد بهذا الوجه طعاما او زيتا فقال الاجير هذا طعامك بعينه وقال رب
الطعام كان طعامي اجود من هذا فان هذا يحتمل ان يكون القول فيه قول رب الطعام ويبطل الاجر
ويحتمل ان يكون القول قول الحمال وياخذ الاجر ان كان قد حمله فاما اذا كانا نوعين مختلفين
بان حمل شعيرا وقال رب الطعام كان طعامي حنطة فلا اجر للحمال حتى يصدقه و ياخذه وانما
قال يتخير في الجنس الواحد لان عند اتحاد الجنس يملك صاحب الطعام ان ياخذ العين عوضا
عن طعامه لان الحمال قد بذل له ذلك فاذا حصل العوض سلمت له المنفعة فاما في النوعين
فلا يسعه ان ياخذ النوع الاخر الا بالتراضي ما لبيع فاذا لم يصدقه لا يستحق عليه الاجر ولو اختلف
الصانع والمستاجر في اصل الاجر كالنساج والقصار والخفاف والصباغ فقال رب الثوب
والخف عملته لي بغير شرط وقال الصانع لا بل عملته باجرة دراهم او اختلف رب الدار والمستاجر
فقال رب الدار اجرتها منك بدرهم وقال الساكن بل سكنتها عارية فالقول قول صاحب الثوب
والخف وساكن الدار في قول ابي حنيفة مع يمينه ولا اجر عليه وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا
فعليه الاجر والا فلا وقال محمد ان كان الرجل انتصب للعمل فالقول قوله وان لم يكن انتصب للعمل
فالقول قول صاحبه **وعلى هذا** الخلاف اذا اتفقا على انهما لم يشترطا الاجر لكن الصانع قال اني
انما عملت بالاجر وقال رب الثوب ما شرطت لك شيئا فلا يستحق شيئا وجه قولهما اعتبار العرف
والعادة فان انتصابه للعمل وفتح الدكان كذلك دليل على انه لا يعمل الا بالاجرة وكذا اذا كان
حريفا فكان العقد موجودا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا ولابي حنيفة رحمه الله
ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بالعقد ولم يوجد اما اذا اتفقا على انهما لم يشترطا الاجر فظاهر
وكذا اذا اختلفا في الشرط لان العقد لا يثبت مع الاختلاف للتعارض فلا تجب الاجرة
ثم ان كان في المصنوع عين قائمة للصانع كالصبغ الذي يزيد والنعل يخير رب الثوب
والخف للصانع ما زاد الصبغ والنعل فيه لا يجاوز به درهما والا فلا والله اعلم **فصل**
واما بيان ما ينتهي به عقد الاجارة فعقد الاجارة ينتهي باشيا منها الاقالة لانها وضعها ونقض
المال بالمال فكان محتملا للاقالة كالبيع **ومنها** موت من وقع له الاجارة الا بعذر عندنا
وعند الشافعي لا يبطل بالموت كبيع العين والكلام فيه بنا على اصل ذكرناه في كيفية انعقاد
هذا العقد وهو ان الاجارة عندنا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئا
فشيئا واذا كان كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها والملك
صفة الموجود لا المعدوم فلا يملكها الوارث اذ الوارث انما يملك ما كان على ملك المورث
فما لم يملكه يستحيل وراثته بخلاف بيع العين لان العين مال قايم بنفسه ملكه المورث الى وقت
الموت فجاز ان ينتقل منه الى الوارث ولان المنافع لا تملك الا بالعقد وما يحدث منها في يد
الوارث لم تنعقد عليه رأسا لانها كانت معدومة حال حياة المورث وعند الشافعي منافع
المدة تجعل موجودة للحال كانها اعيان قايمة فاشبه بيع العين والبيع لا يبطل بموت احد
المتبايعين كذا الاجارة **وعلى هذا** يخرج ما اذا اجر رجلان رجلا دارا من رجل ثم مات
احد المواجرين ان الاجارة تبطل في نصيبه عندنا وتبقى في نصيب الحي على حالها لان هذا

شيوع طاري وانه لا يوثر في العقد في الرواية المشهورة لما بينا فيما تقدم **وكذلك** لو استاجر
رجلان من رجل دارا فمات احد المستاجرين فان رضي الوارث بالبقا على العقد ورضي العاقد
ايضا جاز ويكون ذلك بمنزلة عقد مبتدا **ولو مات** الوكيل بالعقد لا تبطل الاجارة لان
العقد لم يقع له وانما هو عاقد وكذا لو مات الاب او الوصي لما قلنا وكذا لو مات اب الصبي
في استيجار الظير لا تنتقض الاجارة لان الاجارة وقعت للصبي والظير وهما قايمان **ولو ماتت**
الظير انتقضت الاجارة **وكذا** لو مات الصبي لان كل واحد منهما معقود له والاصل ان الاجارة
تبطل بموت المعقود عليه وله ولا تبطل بموت العاقد وانما كان كذلك لان استيفا العقد بعد موت
من وقع له العقد يوجب تغيير موجب العقد لان من وقع له ان كان هو المواجر فالعقد يقتضي
استيفا المنافع من ملكه ولو تفينياه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره وهذا خلاف مقتضى
العقد وان كان هو المستاجر فالعقد يقتضي استحقاق الاجرة من ماله ولو تفينيا العقد بعد
موته لاستحقت الاجرة من مال غيره وهذا خلاف موجب العقد بخلاف ما اذا مات من لم يقع له
العقد كالوكيل ونحوه لان العقد منه لا يقع مقتضيا استحقاق المنافع ولا استحقاق الاجرة
من ملكه فابقا العقد بعد موته لا يوجب تغيير موجب العقد وكذلك المولى في الوقف اذا
عقد ثم مات لا تنفسخ الاجارة لان العقد لم يقع له فموته لا يغير حكمه **ولو استاجر** دابة الى
مكة فمات المواجر في بعض المفازة فله ان يركبها او يحمل عليها الى مكة او الى اقرب الاماكن من
المصر لان الحكم ببطلان الاجارة هاهنا يودي الى الضرر بالمستاجر لانه من تعريض ماله
ونفسه للتلف فيجعل ذلك عذرا في ابقا الاجارة **هذا معنى** قولهم ان الاجارة كما ينفسخ بالعذر
يبقى بالعذر **وقالوا** فيمن اكترى ابلا الى مكة ذاهبا وجائيا فمات الجمال في بعض الطريق
فللمستاجر ان يركبها الى مكة او يحمل عليها وعليه المسمى لان الحكم بانفساخ الاجارة في الطريق
الحاق الضرر بالمستاجر لانه لا يجد ما يحمل ويحمل قماشه والحاق الضرر بالورثة اذا كانوا اعيانا
لان المنافع تتلف من غير عوض فكان في استيفا العقد نظر من الجانبين فاذا وصل الى مكة رفع
الامر الى الحاكم لانه لا ضرر عليه في فسخ الاجارة عند ذلك لانه يقدر على ان يستاجر من جمال
اخر ثم ينظر الحاكم في الاصلح فان راي بيع الجمال وحفظ الثمن اصلح للورثة فعل وان راي
امضا الاجارة الى الكوفة اصلح فعلى ذلك لانه نصب ناظرا محتاطا وقد يكون احد
الامرين احوط فيختار ذلك **قالوا** والافضل اذا كان المستاجر ثقة ان يمضي القاضي
الاجارة والافضل اذا كان غير ثقة ان يفسخها فان فسخها وقد كان المستاجر عجل
الاجرة سمع القاضي بينته عليها وقضاه من ثمنها لان الاجارة اذا انفسخت فللمستاجر
امساك العين حتى يستوفي جميع الاجرة وقام القاضي مقام الغايب فينصب احدا
ويسمع عليه البينة **ولو مات** احد من وقع له عقد الاجارة قبل انقضا المدة وفي الارض
المستاجرة زرع لم يستحصد يترك ذلك في الارض الى ان يستحصد ويكون على المستاجر
او على ورثته ما سمي من الاجر لان في الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضررا بالمستاجر
وفي الابقا من غير عوض ضرر بالوارث ويمكن توفير الحقين من غير ضرر بابقا الزرع
الى ان يستحصد بالاجر فيجب القول به وانما وجب المسمى استحسانا والقياس ان يجب اجر
المثل لان العقد انفسخ حقيقة وانما تفيناه حكما فاشبه شبهة العقد واستيفاء المنافع
بشبهة العقد توجب اجر المثل كما لو استوفاها بعد انقضا المدة وجه الاستحسان ان التبقية

تتناول هذه المدة فاذا مست الضرورة الى الترك بعوض كان ايجاب العوض المسمى اولى
لوقوع التراضي به بخلاف الترك بعد انقضاء المدة لان التسمية لم تتناول ما بعد انقضاء
المدة فتعذر ايجاب المسمى فوجب اجر المثل ومنها هلاك المستاجر والمستاجر فيه لوقوع
الياس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه فلم يكن في بقاء العقد فائدة حتى لو كان المستاجر
عبدا او ثوبا او حليا او ظرفا او دابة معينة فهلكت او هلك الثوب المستاجر فيه للخياطة او القصارة
بطلت الاجارة لما قلنا واذا كانت الاجارة على دواب بغير اعيانها فسلم اليه دواب فقبضها
فماتت لا تبطل الاجارة وعلى المواجر ان ياتيه بغيرها ذلك لانه هلك ما لم يقع عليه العقد
لان الدابة اذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة وانما يسلم العين ليقيم منافعها
مقام ما في ذمته فاذا هلك بقي ما في الذمة بحاله فكان عليه ان يعين غيرها وقد ذكرنا
اختلاف اشارة الروايات في الدار اذا انهدم كلها او انقطع الماء من الرحا او الشرب
من الارض ان الاجارة تنفسخ او تثبت حق الفسخ فيما تقدم وعلى هذا ايضا يخرج موت
الظئر ان الاجارة تبطل به لانها مستاجرة ومنها انقضاء المدة الا لعذر لان الثابت
الى غاية ينتهي عند وجود الغاية فتنفسخ الاجارة بانتهاء المدة الا اذا كان ثمة عذر بان
انقضت المدة وفي الارض زرع لم يستحصد فانه يترك الى ان يستحصد باجر المثل بخلاف ما
اذا انقضت المدة وفي الارض رطبة او غرس انه يؤمر بالقلع لان في ترك الزرع الى ان
يدرك مراعاة الحقين والنظر من الجانبين لان لقطعه غاية معلومة فاما الرطبة
فليس لقطعها غاية معلومة فلو لم تقطع لتعطلت الارض على صاحبها فيتضرر به وبخلاف
الغاصب اذا زرع الارض المغصوبة انه يؤمر بالقلع ولا يترك الى وقت الحصاد
باجر لان الترك في الاجارة لدفع الضرر عن المستاجر نظرا له وهو مستحق للنظر
لانه زرع باذن المالك فاما الغاصب فظالم متعدي في الزرع فلا يستحق
النظر بالترك مع انه هو الذي اضر بنفسه حيث زرع ارض غيره بغير حق فكان
مضافا اليه ومنها عجز المكاتب بعدما استاجر شيئا انه يوجب بطلان الاجارة بلا خلاف
لان الاجرة استحقت من كسب المكاتب وبالعجز يبطل كسبه فتبطل الاجارة اذ لا سبيل
الى ايجابها من مال المولى فان عجز بعدما استاجر شيئا فالاجارة باقية في قول ابي يوسف
وقال محمد تبطل والكلام فيه راجع الى اصل ذكرناه في كتاب الهبة في كيفية ملك المولى كسب
المكاتب عند عجزه ان عند ابي يوسف كسب المكاتب موقوف ملكه في الحقيقة على عجزه
او عتقه فان عجز ملكه المولى من الاصل وان عتق ملكه من الاصل وعند محمد هو ملك المكاتب
ثم اذا عجز انتقل الى المولى كما ينتقل الملك من الميت الى وارثه بالموت ووجه البناء على هذا الاصل
ان عند ابي يوسف لما وقع الملك للمولى في الكسب من حين وجوده صار كان الاجارة وجدت
من المولى فلا تنتقض بعجز المكاتب ولما كان الملك للمولى فيه من طريق الانتقال من المكاتب
عند عجزه وذلك يوجب انتقاض الاجارة كذا هذا واصل هذه المسالة في المكاتب اذا
وهبت له هبة ثم عجز ان للواهب ان يرجع في قول ابي يوسف وعند محمد لا يرجع وقد ذكرناه
في كتاب الهبة والله الموفق

كتاب الاستصناع

يحتاج لمعرفة مسائل هذا
الكتاب الى بيان صورة الاستصناع ومعناه والى بيان جوازه والى بيان شرائط والى
بيان حكمه والى بيان صفته اما صورة الاستصناع فهي ان يقول انسان لصانع من خفاف

او صفار

او صفار او غيرهما اعمل لي خفا او انية من اديم او نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع ما يعمل
وقدره وصفته فيقول الصانع نعم واما معناه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هو مواعدة
وليس ببيع وقال بعضهم هو بيع لكن للمشتري فيه خيار وهو الصحيح بدليل ان محمدا رحمه الله ذكر في
جوازه القياس والاستحسان وذلك لا يكون في العدات وكذا اثبت فيه خيار الرؤية وانه يختص
بالبياعات وكذا يجري فيه التقاضي وانما يتقاضى الواجب لا الموعود ثم اختلفت عباراتهم
عن هذا النوع من البيع قال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة وقال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة شرط
فيه العمل وجه القول الاول ان الصانع لو احضر عينا كان عملها قبل العقد ورضي به المستصنع
جاز ولو كان شرط العمل من نفس العقد لان الاستصناع طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون
استصناعا فكان ماخذ الاسم دليلا عليه ولان العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما وهذا
العقد يسمى استصناعا واختلاف الاسامي دليل اختلاف المعاني في الاصل واما اذا
اتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع فانما جاز لا بالعقد الاول لكن
بعقد اخر وهو التعاطي بتراضيهما

فصل

واما جوازه فالقياس ان لا يجوز لانه
بيع ما ليس عند الانسان لا على وجه السلم وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس
عند الانسان لا على وجه السلم ورخص في السلم ويجوز استحسانا باجماع الناس على ذلك
لانهم يعملون ذلك في سائر الاعصار من غير نكير وقد قال عليه السلام لا تجتمع امتي
على ضلالة وقال ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما راه المسلمون قبيحا
فهو عند الله قبيح والقياس يترك بالاجماع ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالاجر من
غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل وفي قطعة الشارب للسقاء من غير بيان قدر المشروب
وفي شراء البقل وهذه المحقرات كذا هذا ولان الحاجة تدعو اليه لان الانسان قد يحتاج
الى خف او نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة وقل
ما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الى ان يستصنع فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج وقد خرج
الجواب عن قوله انه معدوم لانه الحق بالموجود لمساس الحاجة كالمسلم فيه فلم يكن بيع ما ليس
عند الانسان على الاطلاق ولان فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والاجارة لان
السلم عقد على مبيع في الذمة واستئجار الصناع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين
جائزين كان جائزا

فصل

واما شرائط جوازه فمنها بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره
وصفته لانه لا يصير معلوما بدونه ومنها ان يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس
من اواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب
ونصول السيوف والسكاكين والقسي والنبل والسلاح كله والطست والقمقمة
ونحو ذلك ولا يجوز في الثياب لان القياس يابى جوازه وانما جوزناه استحسانا لتعامل
الناس ولا تعامل في الثياب ومنها ان لا يكون فيه اجل فان ضرب للاستصناع اجلا صار
سلما حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل في المجلس ولا خيار لواحد منهما اذا سلم
الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد هذا ليس بشرط وهو استصناع على كل حال ضرب فيه اجلا او لم يضرب ولو ضرب للاستصناع
فيما لا يجوز فيه الاستصناع ونحوه اجلا ينقلب سلما في قولهم جميعا وجه قولهما ان العادة
جارية بضرب الاجل في الاستصناع وانما يقصد به تعجيل العمل لا تاخير المطالبة فلا يخرج عن

عن كونه استصناعا او يقال قد يقصد بضرب الاجل تاخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل العمل
فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع لان ما لا يحتمل
الاستصناع لا يقصد بضرب الاجل فيه تعجيل العمل فتعين ان يكون لتاخير المطالبة بالدين وذلك
بالسلم ولابي حنيفة انه اذا ضرب فيه اجلا فقد اتى بمعنى السلم اذ هو عقد على مبيع في
الذمة مؤجلا والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الالفاظ الا ترى ان البيع ينعقد بلفظ
التمليك وكذا الاجارة وكذا النكاح على اصلنا **ولهذا** صار سلما فيما لا يحتمل الاستصناع
كذا هذا ولان التاجيل يختص بالديون لانه وضع لتاخير المطالبة وتاخير المطالبة
انما يكون في عقد فيه مطالبة وليس ذلك الا السلم اذ لا دين في الاستصناع الا ترى
ان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ثم **اذا صار** سلما يراعى
فيه شرائط السلم فان وجدت صح والا فلا **فصل** واما حكم الاستصناع فهو ثبوت
الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكا غير لازم على
ما نذكره **فصل** واما صفة الاستصناع فهي انه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين
للمتبايعين ان لكل واحد منهما الفسخ لان القياس يقتضي ان لا يجوز لما قلنا وانما عرفنا
جوازه استحسانا لتعامل الناس فبقي اللزوم على اصل القياس **واما** بعد الفراغ من
العمل قبل ان يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع ان يبيعه ممن شاء كذا ذكر في الاصل
لان العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله في الذمة لما ذكرنا انه لو اشترى من مكان اخر
وسلم اليه جاز ولو باعه الصانع واراد المستصنع ان ينقض البيع ليس له ذلك ولو استهلكه
قبل الرؤية فهو كالبائع اذا استهلك المبيع قبل التسليم كذا قال ابو يوسف فاما اذا احضر
الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع وللمستصنع الخيار لان الصانع
بائع ما لم يره فلا خيار له واما المستصنع فمشتر ما لم يره فكان له الخيار وانما كان كذلك لان
المعقود عليه وان كان معدوما حقيقة فقد الحق بالموجود ليمكن القول بجواز العقد ولان
الخيار كان ثابتا لهما قبل الاحضار لما ذكرنا ان العقد غير لازم فالصانع بالاحضار اسقط
خيار نفسه فبقي خيار صاحبه على حاله كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين اذا اسقط
احدهما خياره انه يبقى خيار الاخر كذا هذا **هذا جواب** ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي
يوسف ومحمد رحمهم الله وروي عن ابي حنيفة ان لكل واحد منهما الخيار وروي عن ابي يوسف
انه لا خيار لهما جميعا **وجه** رواية ابي يوسف ان الصانع قد افسد متاعه وقطع جلده
وجاء بالعمل على الصفة المشروطة فلو ثبت الامتناع منه اضرار بصاحبه فيثبت الخيار •
رواية ابي حنيفة ان في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وانه واجب والصحيح جواب ظاهر
الرواية لان في اثبات الخيار للصانع ابطال ما شرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع
لانه متى ثبت الخيار للصانع فكل ما فرغ عنه يبيعه من غير المستصنع فلا تندفع حاجة المستصنع
بابطال الخيار فوق ضرر الصانع باثبات الخيار للمستصنع لان المصنوع اذا لم يلائمه وطولب
بثمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله ولا يتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته
وانتصابه لذلك ولان المستصنع اذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل ما شرع له الاستصناع
وهو اندفاع حاجته فلا بد من اثبات الخيار له والله الموفق **فان سلم** الى حداد حديدا ليعمل له انا
معلوما باجر معلوم او جلدا الى خفاف ليعمل له خفا معلوما باجر معلوم فذلك جائز

ولا خيار

ولا خيار فيه لان هذا ليس باستصناع بل هو استيجار فكان جائزا فان عمل كما امر استحق الاجر
فان افسد فله ان يضمنه حديدا مثله لانه لما افسده فكانه اخذ حديدا له واتخذ منه انية
من غير اذنه والاناء للصانع لان المضمون يملك بالضمان والله اعلم بالصواب

كتاب الشركة

كتاب الشركة

الشركة في الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك نوعان نوع
يثبت بفعل الشريكين ونوع يثبت بغير فعلهما اما الذي يثبت بفعلهما فنحو ان يشتريا شيئا
او يوهب لهما او يوصى لهما او يتصدق عليهما فيقبلا فيصير المشترى والموهوب والموصى به والمتصدق
به مشتركا بينهما شركة ملك **واما الذي** يثبت بغير فعلهما فالميراث بان ورثا شيئا فيكون الموروث
مشتركا بينهما شركة ملك **واما شركة** العقود فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان انواعها وكيفية
كل نوع منها وركنه وفي بيان شرائط ركنه وفي بيان حكم الشركة وفي بيان صفة عقد الشركة
وفي بيان ما يبطل العقد **اما الاول** فشركة العقود انواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال وتسمى
شركة الابدان وشركة الصنائع وشركة التقبل وشركة بالوجوه **اما الاول** وهو الشركة بالاموال

الشركة بالاموال

فهي ان يشترك اثنان في راس مال فيقولا اشتركنا فيه على ان نشتري ونبيع معا او شتى او اطلقا
على ان ما رزق الله من ربح فهو بيننا على شرط كذا **او يقول** احدهما ذلك ويقول الاخر نعم
ولو ذكر الشراء دون البيع فان ذكر ما يدل على شركة العقود بان قال ما اشتريت فهو بيننا او
وما اشترى احدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهما لما جعلا ما اشتراه كل واحد منهما بينهما
علم انهما ارادا به الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة واذا لم يكن وكالة لا تتوقف
صحته على ما يتوقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس او النوع او قدر الثمن بل يصح
من غير بيان شيء من ذلك وان لم يذكر الشراء ولا البيع ولا ما يدل على شركة العقود بان قال
رجل لغيره ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك او قال فبيننا وقال الاخر فان اراد بذلك
ان يكونا بمعنى شريكي التجارة كانا شريكين حتى يصح من غير بيان جنس المشترى او نوعه وقدر الثمن
كما اذا نصا على الشراء والبيع وان اراد به ان يكون المشترى بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشريكي
التجارة بل يكون المشترى بينهما بعينه كما اذا ورثا او وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط
صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشترى وبيان صفته او مقدار الثمن في
الوكالة الخاصة وهي ان لا يفوض الموكل الراي الى الوكيل ان يقول ما اشتريت لي من عبد تركي او
جارية رومية فهو جائز او ما اشتريت لي من عبد او جارية بالف درهم فهو جائز او بيان
الوقت او قدر الثمن او جنس المشترى في الوكالة العامة بان يقول ما اشتريت لي من شيء اليوم
او شهر كذا او سنة كذا فهو جائز او ما اشتريت لي من شيء بالف درهم فهو جائز او ما اشتريت
لي من الخز او البر فهو جائز وانما كان كذلك لان مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة
فلا بد من النية فان نويا به الشركة كان شركة في عموم التجارات لان الاصل في الشركة العموم
لان المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل الا بتكرار التجارة مرة بعد اخرى ولا
يشترط لها بيان شيء مما ذكرنا لان ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وان نويا به الوكالة كان وكالة
وتتوقف صحتها على شرائطها من الخاصة او العامة لان مبنى الوكالة على الخصوص لان المقصود منها
تمليك العين لا تحصيل الربح فيها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا الا انه يكتفى في الوكالة
العامة ببيان احد الاشياء التي وصفنا لانه لما عمها بتفويض الراي فيها الى الوكيل فقد شبهها
بالشركة فكانت في احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة والخصوص اصل في الوكالة فلا بد

فيهما من غير تخصيص فان اي شيء مما ذكرنا جازت والا بطلت قال بشر سمعت ابا يوسف
يقول في رجل قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فبيني وبينك نصفان فقال الرجل نعم
فان ابا حنيفة قال هذا جائز وكذلك قال ابو يوسف وكذلك ان وقت مالا ولم يوقت يوما
وكذلك ان وقت صنفا من الثياب وسمى عددا او لم يسم ثمنا ولا يوما **وان قال** ما اشتريت من شيء
فهو بيني وبينك ولم يسم شيئا مما ذكرنا فان ابا حنيفة قال لا يجوز وكذلك قال ابو يوسف
لما ذكرنا انه لما لم يذكر ما يدل على شركة العقود علم انها وكالة فلا تصح الا بضرب من التخصيص
على ما بينا وذكر محمد في الاصل في رجلين اشتركا بغير مال على ان ما اشتريا اليوم فهو بينهما خصا
صنفا من الاصناف او عما ولم يخصا فهذا جائز وكذلك لو لم يوقتا للشركة وقتا كان هذا جائزا
لانهما جعلا ما يشتري به كل واحد منهما بينهما علم ان شركة وليست بوكالة لان الوكالة لا تكون
من الجانبين عادة واذا كانت شركة فالشركة لا تحتاج الى التخصيص قال **وان شهد** احدهما ان
ما يشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه فكل ما اشترى من شيء فهو بينهما لانفسه يريد اخراج
نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك والله اعلم **واما** الشركة بالاعمال فهي ان
يشتركا في عمل الخياطة او القصارة او غيرهما فيقولا اشتركنا على ان نعمل فيه على ان ما رزق الله تعالى
من اجر فهو بيننا على شرط كذا **واما** الشركة بالوجوه فهي ان يشتركا وليس لهما مال لكن لهما وجاهة
عند الناس فيقولا اشتركنا على ان نشتري بالنسيئة ونبيع بالنقد على ان ما رزق الله تعالى
من ربح فهو بيننا على شرط كذا سمي هذا النوع شركة الوجوه لانه لا يباع بالنسيئة الا الوجيه
من الناس عادة ويحتمل انه سمي بذلك لان كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من يبيعهما
بالنسيئة **ويدخل** في كل واحد من الانواع الثلثة العنان والمفاوضة وينفصل بينهما بشرائط تختص
بالمفاوضة نذكرها في مواضع ان شاء الله تعالى **فصل** واما بيان جواز هذه الانواع
الثلثة فقد قال اصحابنا انها جائزة عنانا كانت او مفاوضة وقال الشافعي شركة الاعمال
والوجوه لا جواز لها اصلا ورأسا واما شركة الاموال فيجوز فيها العنان ولا تجوز المفاوضة
وقال مالك لا اعرف المفاوضة وقيل في اشتقاق العنان انه ماخوذ من العين يقال
عن لي كذا اي اعترض وظهر قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كان نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذيل

سمي هذا النوع من الشركة عنانا لانه يقع على حسب ما يعن لهما في كل التجارات او في بعضها
دون بعض وعند تساوي المالين او تفاضلهما وقيل ماخوذ من عنان الفارس انه يكون
باحدى يديه ويده الاخرى مطلقة يفعل بها ما يشاء فسمي هذا النوع من الشركة عنانا
لانه لا يكون الا في بعض الاموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف شاء او لان كل واحد
منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه فان اهل الجاهلية كانوا يتعاملون هذه
الشركة قال النابغة

وشاركنا قريشا في تقاها * وفي انسابها شرك العنان

واما المفاوضة فقد قيل انها المساواة في اللغة قال الشاعر وهو العبدي العوه

تهدى الامور باهل الرأي ما صلحت * فان تولت فبالاشرار تنقاد

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

سمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة فيه في المال والربح والتصرف وغير
ذلك على ما نذكره وقيل هي من التفويض لان كل واحد منهما فوض التصرف الى صاحبه على كل حال

اما

اما الكلام في شركة الاعمال والوجوه فوجه قول الشافعي ان الشركة مبنية على الاختلاط ولهذا
شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في
هذين النوعين لانها شرعت لاستنماء المال بالتجارة لان نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء
الى التجارة مختلفون بعضهم اهدى من البعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستنماء ولا بد من اصل
يستنمى ولم يوجد في هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز **ولنا** ان الناس
يتعاملون بهذين النوعين في سائر الاعصار من غير انكار عليهم من احد وقال صلى الله عليه وسلم
لا تجتمع امتي على ضلالة ولانهما يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمشتمل على الجائز جائز واما
قوله ان الشركة شرعت لاستنماء المال فيستدعي اصلا يستنمى فنقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية
المال فاما الشركة بالاعمال او بالوجوه فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل اصل المال والحاجة
الى تحصيل اصل المال فوق الحاجة الى تنميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلان تشرع لتحصيل الاصل
اولى **واما** الكلام في الشركة بالاموال فاما العنان فجائز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس
ذلك في كل عصر من غير نكير وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولما روي ان اسامة بن شريك
جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اتعرفني فقال وكيف لا اعرفك وكنت شريكي ونعم
الشريك لا تداري ولا تماري وادنى ما يستدل بفعله عليه السلام الجواز وكذا بعث رسول الله
صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم
والتقرير احد وجوه السنة ولان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استنماء
المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعا ولانه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة
واما المفاوضة فاما قول مالك لا اعرف المفاوضة فان عنى به لا اعرف معناها فقد بينا
معناها في اللغة انها في اللغة عبارة عن المساواة وان عنى به لا اعرف جوازها فقد عرفنا
رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله فاوضوا فانه اعظم للبركة ولانها مشتملة على امرين
جائزين وهما الوكالة والكفالة لان كل واحدة منهما جائزة حالة الانفراد وكذا حالة الاجتماع ولانها
طريق استنماء المال او تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان **واما** الكلام
مع الشافعي فوجه قوله ان المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة
المجهول وانها غير صحيحة حالة الانفراد فكذا التي تتضمنها المفاوضة **ودليلنا** على الجواز ما ذكرنا
مع مالك واما قوله المكفول له مجهول فنعم لكن هذا النوع من الجهالة عفو في عقد الشركة وان لم يكن
عفوا حالة الانفراد كما في شركة العنان فانها تشتمل على الوكالة العامة وان كان لا يصح هذا
التوكيل حال الانفراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة
لا تصح من غير بيان حالة الانفراد كذا ههنا وكان المعنى في ذلك ان الوكالة لا تثبت في هذا
العقد مقصودا بل ضمنا للشركة وقد يثبت الشيء ضمنا وان كان لا يثبت قصدا ويشترط للثابت
مقصودا ما لا يشترط للثابت ضمنا وتبعا كعزل الوكيل ونحو ذلك والله اعلم **فصل**
واما بيان شرائط جواز هذه الانواع فلجوازها شرائط بعضها يعم الانواع كلها وبعضها يخص البعض
دون البعض اما الشرائط العامة فمنها اهلية الوكالة لان الوكالة لازمة في الكل وهي ان يجعل
كل واحد منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل العمل لان كل واحد منهما اذن لصاحبه
بالشراء والبيع وتقبل العمل مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيها اهلية
الوكالة وشرائط مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيها اهلية الوكالة

تعرف في كتاب الوكالة ومنها ان يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولا تفسد الشركة لان
الربح هو المعقود عليه وجهالته المعقود عليه توجب فساد العقد كما في باب البيع والاجارة
ومنها ان يكون الربح جزءا شايعا في الجملة لا معينا فان عينا عشرة او مائة او نحو ذلك كانت
الشركة فاسدة لان العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة لجواز ان لا يحصل
من الربح الا هذا القدر المعين لاحدهما فلا تتحقق الشركة في الربح واما الذي يخص البعض دون البعض
فاما الشركة بالاموال فمن شرايطها ان يكون راس مال الشركة من الاثمان المطلقة وهي التي لا تتعين
بالتعيين في عقود المعاوضات على كل حال وهو الدراهم والدنانير عنانا كانت الشركة او مفاوضة
عند عامة العلماء فلا تصح الشركة في العروض وقال مالك هذا ليس بشرط وتصح الشركة في
العروض والصحيح قول العامة لان معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التي تتضمنها الشركة
لا تصح في العروض وتصح في الدراهم والدنانير فان من قال لغيره بع عرضك على ان يكون ثمنه
بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو قال له اشتر بالف
درهم من مالك على ان يكون ما اشتريته بيننا جاز ولان الشركة في العروض تؤدي الى جهالة الربح
عند القسمة لان راس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن
فيصير الربح مجهولا فيؤدي الى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير
لان راس المال من الدراهم عند القسمة عينها فلا يؤدي الى جهالة الربح ولان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن ربح ما لم يضمن والشركة في العروض تؤدي الى ربح ما لم يضمن لان العروض غير مضمونة
بالهلاك فان من اشترى شيئا بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئا اخر لان العروض
تتعين بالتعيين فيبطل البيع فاذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدي الى ربح ما لم يضمن
وانه منهي بخلاف الدراهم والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لا تتعين بالتعيين
فالشركة فيها لا تؤدي الى ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة في جواز الشركة
بالعروض وكل ما يتعين بالتعيين ان يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه

حيلة الشركة بالعروض

حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك
عقد الشركة فيجوز بلا خلاف ولو كان من احدهما دراهم ومن الاخر عروض فالحيلة
في جوازه ان يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطا
جميعا حتى تصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز واما
التبر فهل يصلح راس مال الشركة ذكر في كتاب الشركة وجعله كالعروض وفي كتاب
الصرف جعله كالاثمان المطلقة لانه قال فيه اذا اشترى به فهلك لا ينفسخ العقد والامر
فيه موكول الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الاثمان المطلقة فتجوز الشركة به
وان كانوا لا يتعاملون به فحكمه حكم العروض فلا تجوز فيها الشركة واما الفلوس فان كانت
كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لانها عروض وان كانت نافقة فكذلك في
الرواية المشهورة عن ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يجوز والكلام فيها مبني على اصل وهو
ان الفلوس الرايجة ليست اثمانا على كل حال عند ابي حنيفة وابي يوسف لانها تتعين
بالتعيين في الجملة وتصير مبيعا باصطلاح العاقدين حتى جاز بيع الفلس بالفلسين
باعيانهما عندهما واذا لم تكن اثمانا مطلقة لاحتمالها التعين بالتعيين في الجملة في
عقود المعاوضات لم تصلح راس المال للشركة كساير العروض وعند محمد الثمنية

لا ذمة

لازمة للفلوس النافقة فكانت من الاثمان المطلقة ولهذا ابى جواز بيع الواحد
بالاثنين منها فتصلح راس مال للشركة كساير الاثمان المطلقة من الدراهم والدنانير
وروي عن ابي يوسف انه تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز المضاربة به ووجهه ان
المانع من جواز المضاربة بها جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين
راس المال عند القسمة فاذا كسدت صار راس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر
والظن وهذا المعنى لا يوجد في الشركة لانهما عند الكساد يأخذان راس المال عددا لا قيمة
فكان الربح معلوما واما الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست باثمان مطلقة

الشركة بالمكيل والموزونات

والعدديات التي لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لانها تتعين بالتعيين اذا كانت
عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط الا ترى ان
لو قال لاخر قبل الخلط بع حنطتك على ان يكون ثمنها بيننا لم يجز وسواء كانت الشركة من جنسين
او من جنس واحد واما بعد الخلط فان كانت الشركة في جنسين مختلفين لا تجوز في قولهم
جميعا لان الحنطة اذا خلطت بالشعير خرجت من ان تكون ثمنا بدليل ان مستهلكها يضمن
قيمته لا مثلها وان كانت في جنس واحد فكذلك عند ابي يوسف لا يصح وانما تصير شركة ملك
وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تظهر فيما اذا كان الكيل نصفين
وشرطا الربح اثلاثا فخلطاه واشتريا به فعلى قول ابي يوسف الربح بينهما على قدر المالين
نصفين وعلى قول محمد على ما شرطا فقول ابي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكرنا ان المكيلات
والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست اثمانا على كل حال بل تكون تارة ثمنا وتارة
مبيعا لانها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس ووجه التخريج لمحمد ان معنى الوكالة
التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبه الدراهم والدنانير بخلاف ما قبل الخلط لان
الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا تصح فيها قبل الخلط والحيلة في جواز الشركة بالمكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة على قول ابي يوسف ان يخلطا حتى تصير شركة ملك
بينهما ثم يعقدا عليها الشركة فيجوز عنده ايضا ومنها ان يكون راس مال الشركة عينا
حاضرا لا دينا ولا مالا غايبا فان كان لا تجوز عنانا كانت او مفاوضة لان المقصود من الشركة
الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين والمال الغايب فلا يحصل المقصود وانما
يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى
لو دفع الى رجل الف درهم فقال له اخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت يكون بيننا فاقام المأمور
البينة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرا عند الشراء
وهل يشترط خلط المالين وهو خلط الدراهم بالدراهم والدنانير بالدنانير قال اصحابنا
الثلثة لا يشترط وقال زفر يشترط وبه اخذ الشافعي وعلى هذا الاصل يبنى ما اذا كان المالان
من جنسين بان كان لاحدهما دراهم وللاخر دنانير ان الشركة جايزة عندنا خلافا لهما وكذلك
اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصحاح مع المكسرة او كانت دراهم احدهما
سودا ودراهم الاخر بيضا او غلة وذلك في شركة العنان فهو على هذا الاختلاف وروي عن
زفر ان الخلط شرط في المفاوضة وليس بشرط في العنان ولكن الطحاوي ذكر انه يشترط فيهما جميعا
عند زفر وجه قوله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق
معنى الشركة ولان من احكام الشركة ان الهلاك يكون من المالين وما هلك قبل الخلط من احد

المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة ولنا ان الشركة تشتمل
على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة والتوكيل جايز في المالين قبل الخلط كذا الشركة
واما قوله الشركة مبني عن الاختلاط فنسلم لكن عند اختلاط راس المال او عن اختلاط الربح
فهذا اما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز ان يكون تسميته شركة لاختلاط الربح لا لاختلاط
راس المال واختلاط الربح يوجد وان اشترى كل واحد منهما بماله نفسه على حدة لان الزيادة
وهي الربح تحدث على الشركة واما ما هلك من احد المالين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه
خاصة لان الشركة لا تتم الا بالشرا فما هلك فيله هلك قبل تمام الشركة فلا يعتبر حتى لو هلك بعد
شرا احدهما كان الهالك هالكا من المالين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد واما تسليم راس
مال كل واحد منهما الى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمفاوضة
جميعا وان شرط لصحة المضاربة وهو ان يكون لكل واحد من الشريكين اهلية الكفالة بان يكونا
حرين عاقلين بالغين لان من حكم المفاوضة ان كل ما يلزم احدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم الاخر
فيكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لما يذكر فلا بد من اهلية الكفالة وشرايط
اهلية الكفالة نطلبت من كتاب الكفالة ومنها المساواة في راس المال قدرا هي شرط صحة المفاوضة بلا
خلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدرا لم تكن مفاوضة لان المفاوضة تنبي على المساواة فلا بد
من اعتبار المساواة فيها ما امكن وكذا قيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان احدهما صحاحا والاخر
مكسرة او كان احدهما الغلة بيضا والاخر الغلة سودا وبينهما فضل في الصرف لم تجز المفاوضة في الرواية
المشهورة لان زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التي هي مقتضى العقد وروى
اسمعيل بن حماد عن ابي يوسف ان احدى الالفين اذا كانت افضل من الاخرى جاز وكانت مفاوضة
لان الجودة في اموال الربا لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فسقط اعتبار الجودة وصار كانهما
على صفة واحدة وهل يشترط المجانسة في راس المال حتى لو كان احدهما دراهم والاخر دنانير
جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعد ان استويا في القيمة ولا خلاف في انهما اذا لم يستويا
في القيمة لم يكن مفاوضة وروي عن ابي حنيفة انه لا يكون مفاوضة وان استويا في القيمة
وجه هذه الرواية انه عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة لان القيمة تعرف بالحزر
والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف المساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لانهما
من جنس الاثمان فكانت المجانسة ثابتة في الثمنية ومنها ان لا يكون لاحد المتفاوضين مال
يصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فان كان لم يكن مفاوضة لان ذلك يمنع المساواة وان
تفاضلا في الاموال التي لا يصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال
الغايب لان ما لا ينعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الازواج
والاولاد ومنها المساواة في الربح في المفاوضة فان شرطا التفاضل في الربح لم يكن مفاوضة
لعدم المساواة ومنها العموم في المفاوضة وهو ان يكون في جميع التجارات ولا يختص احدهما
بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من ابطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج
قول ابي حنيفة ومحمد انه لا يجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمي لان الذمي يختص بتجارة ذلك
للمسلم وهي التجارة في الخمر والخنزير فلم يستويا في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند ابي
يوسف يجوز لاستوايهما في اهلية الوكالة والكفالة ويجوز مفاوضة الذميين لاستوايهما
في التجارة واما مفاوضة المسلم والمرتد فقد ذكر الكرخي انها غير جايزة وهكذا روى عيسى

بن ابان عن ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عند ابي حنيفة لوقوف املاكه فلا
يساوي المسلم في التصرف فلا يجوز كما لا يجوز بين المسلم وبين الذمي وذكر محمد في الاصل وقال
قياس قول ابي يوسف يجوز لعيني قياس قوله في الذمي وذكر محمد في الاصل وقال قياس
ولابي يوسف ان يفرق بينهما من حيث ان ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال الا ترى انه
قاضيا لو قضى ببطلان تصرفه وزوال ملكه ينفذ قضاوه واذا كان ناقص الملك والتصرف
نزل منزلة المكاتب بخلاف الذمي ولو فاوض مسلم مرتدة ذكر الكرخي انها لا تجوز قال القدوري
وهذا ظاهر على اصل ابي حنيفة ومحمد لان الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر
واما ابو يوسف فالكفر عنده غير مانع وانما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد
في المراة وامفاوضة المرتدين او شركتهما شركة عنان فهو كذلك موقوف عند ابي حنيفة على اصله
في عقود المرتد انها موقوفة فان اسلما جاز عقدهما وان قتلا على ردتهما او ماتا او لحقا بدار الحرب
بطل واما على قولهما فشركة العنان جايزة لان عقودهما نافذة واما مفاوضتهما فقد ذكر
القدوري وقال ينبغي ان لا يجوز اما عند ابي يوسف فلان نقصان الملك يمنع المفاوضة
كالمكاتب وملكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين واما محمد فلان المرتد عنده بمنزلة
المريض مرض الموت وكفالة المريض مرض الموت لا يصح الا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز
الكفالة على الاطلاق وان شارك مسلم مسلما ثم ارتد احدهما فان قتل او مات او لحق بدار
الحرب بطلت الشركة وان رجع قبل ذلك فهما على الشركة لانه اذا قتل او مات او لحق بدار الحرب
زالت املاكه عند ابي حنيفة من حين ارتد فكانه مات فبطلت شركته وان اسلم فقد زال التوقف
وجعل كان الردة لم تكن ولهذا قال ابو حنيفة ان المرتد منهما اذا اقر ثم قتل لم يلزم اقراره شريكه
لان الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد اقر بعد بطلان الشركة واما على قولهما فاقراره
جايز على شريكه وكذلك بيعه وشراوه ويكره للمسلم ان يشارك الذمي ولو شاركه شركة عنان
جاز كما لو وكله والله اعلم ومنها لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة
انه لا يصح شركة المفاوضة الا بلفظ المفاوضة وهو قول ابي يوسف ومحمد لان المفاوضة شرايط
لا يجمعها الا لفظة المفاوضة او عبارة اخرى تقوم مقامها والعوام قل ما يقفون على ذلك وهذه
العقود في الاعم الاغلب تجري بينهم فان كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرايطها بلفظ اخر
يصح وان لم يذكر لفظ المفاوضة لان العبرة في العقود لمعانيها لا لاعيان الالفاظ وفي كل موضع
فقد شرط من الشروط المختصة بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لان المفاوضة تضمنت العنان
وزيادة فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ولان فقد شرط في عقد انما يوجب بطلانه
اذا كان العقد مما يتوقف على صحته عليه ولا تتوقف صحة العنان على هذه الشرايط ففقدها لا يوجب
بطلانه واما شركة العنان فلا يراعى لها شرايط المفاوضة فلا يشترط فيها اهلية الكفالة حتى
يصح ممن لا تصح الكفالة من الصبي الماذون والعبد الماذون والمكاتب ولا المساواة بين راس المال
فيجوز مع تفاضل الشريكين في راس المال ومع ان يكون لاحدهما مال اخر يجوز عقد الشركة
عليه سوى راس ماله الذي شارك صاحبه فيه ولا ان يكون في عموم التجارات بل يجوز عاما
وهو ان يشتركا في عموم التجارات وخاصا وهو ان يشتركا في شيء خاص كالبز والخوص والدقيق
والثياب وكذا ذلك لان اعتبار هذه الشرايط في المفاوضة لدلالة اللفظ عليها وهو معنى
المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظة المفاوضة لان اعتبارها في المفاوضة لدلالتها

على شرايط مختصة بالمفاوضة ولم تشترط في العنان فلا حاجة الى لفظة المفاوضة **ولا المساواة**
في الربح فيجوز متفاضلا ومتساويا لما قلنا **والاصل** ان الربح انما يستحق عندنا اما بالمال
او بالعمل واما بالضمان اما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر لان الربح نما مال المالك فيكون لمالكه
ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة **واما بالعمل** فان المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك
واما بالضمان فان المال اذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة
الضمان خراجا بضمان لقول النبي صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراجه
والدليل عليه ان صانعا يتقبل عملا باجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره باقل من ذلك طاب له
الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل الا الضمان فثبت ان كل واحد منها سبب صالح لاستحقاق
الربح فان لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف في ملكك على ان لي بعض
ربحه لم يجز ولا يستحق شيئا من الربح لانه لا مال ولا عمل ولا ضمان **واذا عرف** هذا فنقول
اذا شرطا الربح على قدر المالين متساويا ومتفاضلا فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما
على الشرط سواء شرطا العمل عليهما او على احدهما فيتقدر بقدر المال وان كان المالان متساويين
فشرطا لاحدهما فضلا على ربح نظر ان شرطا العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط
في قول اصحابنا الثلثة وعند زفر لا يجوز ان يشرط لاحدهما اكثر من ربح ماله وبه اخذ الشافعي
ولا خلاف في شركة الملك لان الزيادة فيها تكون على قدر الملك حتى لو شرط المشتركان في ملك
ماشية لاحدهما فضلا من اولادها او البانها لم يجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على
اصل وهو ان الربح عنده لا يستحق الا بالمال لانه نما المال فيكون على قدر المال كالاولاد
والالبان **واما عندنا** فالربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بينا وسواء
عملا جميعا او عمل احدهما دون الاخر فالربح بينهما يكون على الشرط لان الاستحقاق الربح في
الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب اذا استعان رب المال استحق الربح
وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضيعة على قدر المال لما قلنا وان شرطا العمل
على احدهما فان شرطاه على الذي شرطا له فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح راس
ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على اقلهما ربحا لم يجز لان الذي شرطا له الزيادة ليس في الزيادة
مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا باحد هذه الاشيا الثلثة وان كان المالان
متفاضلين وشرطا التساوي في الربح فهو على هذا الخلاف ان ذلك جائز عند اصحابنا الثلثة
اذا شرطا العمل عليهما وكان زيادة لاحدهما على قدر راس ماله بعمله وانه جائز على احدهما فان
شرطاه على الذي راس ماله اقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على صاحب
الاكثر لم يجز لان زيادة الربح في حق صاحب الاقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان **واما** العلم
بمقدار راس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال عندنا وعند الشافعي شرط
قوله ان جهالة قدر راس المال يؤدي الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا
العقد فكذا العلم بمقدار راس المال **ولنا** ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لذاتها بل لافضائها
الى المنازعة وجهالة راس المال وقت العقد لا يفضي الى المنازعة لانه يعلم مقداره ظاهرا
وغالبا لان الدراهم توزن والدنانير توزن وقت الشرا بها فيعلم مقدارها فلا يؤدي الى جهالة
مقدار الربح وقت القسمة **واما** الشركة بالاعمال فاما المفاوضة منها ففي شرايط اهلية الكفالة
ومنها التساوي **ومنها** مراعاة لفظة المفاوضة لما ذكرنا في الشركة بالاموال العنان

منها

منهما فلا يشترط له شيء من ذلك وانما يشترط اهلية التوكيل فقط كذا روى ابو يوسف عن ابي حنيفة
انه قال كل ما يجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة وما لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا
يخرج الشركة بالاعمال في المباحات من الصيد والحطب والحشيش في البراري وما يكون في الجبال
من الثمار وما يكون في الارض من المعادن وما اشبه ذلك فان اشتركا على ان يصيدا او يحتطبا او
يستقيا الماء ويبيعانه على ان ما اصابا من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الوكالة لا تنعقد
على هذا الوجه الا ترى ان من وكل رجلا ليعمل له شيئا من ذلك لا تصح الوكالة له كذا الشركة فان
تشاركا فاخذ كل واحد منهما شيئا من ذلك منفردا كان المأخوذ ملكا له لان سبب ثبوت الملك
في المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما انفرد بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان
اخذاه جميعا كان المأخوذ بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق فيستويان
في الاستحقاق فان اخذ كل واحد منهما على الانفراد ثم خلطاه وباعاه فان كان مما يكال او يوزن يقسم
الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة يضرب كل واحد منهما
على قدر الكيل والوزن فاما غير الكيل والموزون من الاشيا المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على
عينها فتقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما فيما يدعي الى النصف
من ذلك مع اليمين على دعوى صاحبه لان الشيء في ايديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر
والتساوي في دليل الملك يوجب التساوي في الملك فان ادعى اكثر من النصف لا يقبل قوله
الا ببينة فان عمل احدهما واعانه الاخر في عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شيء منه
للمعين لوجود السبب من العامل دون المعين وللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ اما وجوب اجر المثل
للمعين فلانه استوفى منفعته بعقد فاسد لما بينا وانه يوجب اجر المثل ثم قال ابو يوسف لا يجاوز — جاوز
به قيمة ما سمى وقاسه على سائر الاجارات الفاسدة انه لا يزاد على المسمى هناك كذا ههنا
والجامع بينهما انه رضي ان لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق الزيادة وصار كمن قال
لرجل بع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له اجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا ههنا
ومحمد يفرق بين هذا وبين سائر الاجارات الفاسدة فان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة
فكان الرضا به اسقاطا لما زاد عليه والمسمى ههنا ليس بمعلوم بل هو مجهول ولانه ما سمى له
نصف الحطب او ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطة لانه ما سمى
الزيادة على المسمى من اجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضارب الفاسدة اذا ربح المضارب فيها
ان له اجر مثله لا يجاوز المسمى من الربح في قول ابي يوسف وان لم يكن ربح فلا شيء له وعند محمد
له اجر مثله بالغا ما بلغ ربح او لم يربح وستأتي المسألة في كتاب المضاربة ان شاء الله تعالى **ولو ان**
رجلا اجلس على دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس ان لا تجوز هذه الشركة لانها
شركة العروض لان من احدهما العمل ومن الاخر الحانوت والحانوت من العروض وشركة العروض
غير جائزة وفي الاستحسان جائزة لان هذه شركة التقبل وتقبل العمل من صاحب الحانوت عمل وشركة
الاعمال جائزة بلا خلاف بين اصحابنا لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه جائزة بان
يوكل خياطا او قصارا وكيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل باجر
ان يوكل وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسلاه جميعا كان ما اصاب بينهما لاستوائهما في
سبب الاستحقاق ولو كان الكلب لاحدهما وكان في يده فارسلاه جميعا فما اصابه الكلب فهو
لصاحبه خاصة لان الارسال من الاجنبي لا عبرة به مع ارسال المالك فكان ملحقا بالعدم

كان المالك ارسله وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فارسل كل واحد منهما كلبه فاصابا
صيدا واحدا كان بينهما نصفين لانهما تساويا في سبب الاستحقاق وان اصاب كلب كل واحد
منهما صيدا على حده كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاختص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشترك
رجلان ولاحدهما بغل وللاخر بعير على ان يواجرا ذلك فما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما
فاجراهما باجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم ان هذه الشركة فاسدة وتقسم الاجرة بينهما
على مثل اجر البغل ومثل اجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة على هذا الوجه لا تصح الا ترى
ان من قال لاخر اجر بعيرك على ان تكون الاجرة بيننا لا تصح الوكالة كذا الشركة ولان
الشركة لا تصح في اعيان الحيوان فكذا في منافعها واما قسمة الاجر بينهما على مثل اجر البغل ومثل
اجر البعير فلان الشركة اذا فسدت فالاجارة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببدل
معلوم ومن حكم الاجرة ان تنقسم على قيمة المنافع كما تنقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين
وان لم يواجرا البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببدل معلوم فحملا الحمولة على ذلك
فالاجر بينهما نصفين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد بمنزلة عمل الخياطة
والقصارة فكان البدل بينهما على قدر الضمان وقد تساويا في الضمان فيتساويان في الاجر
ولا عبرة بزيادة حمل البعير على البغل كما لا عبرة بكثرة عمل احد الشريكين في شركة الصنائع
لان البدل يقابل الضمان والبغل والبعير هاهنا آلة ايفاء العمل ولو اجرا البعير بعينه كانت اجرته
لصاحبه لا لصاحب البغل وكذلك ان اجرا البغل بعينه كان الاجر لصاحب البغل لا لصاحب البعير
لان العقد وقع على منافع البعير والبغل باذن مالك البعير والبغل فكانت الاجرة له فان
كان الاخر اعانه على الحمولة والنقلان كان للذي اعانه اجر مثله لانه استوفى منفعته بشرطه
بعقد فاسد لكن عند ابي يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي اجر به في قول ابي يوسف وقال
محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ على ما ذكرنا في شركة الاحطاب فصار رجلان لاحدهما اداة القصارة
وللاخر بيت اشتركا على ان يعملا باداة هذا في بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفين كان ذلك
جائزا وكذلك الصاغة والخياطون والصباغون لان الاجر هاهنا بدل عن العمل لا عن الالة
وقد صار العمل مضمونا عليهما فكان بدله لهما وكان احدهما معينا للاخر بنصف الالة والاخر معينا
بنصف الدكان وهو نظير المسالة المتقدمة وهي ان يتقبلا حمولة فيحملاها على دابتيهما ولو اشتركا
ولاحدهما دابة وللاخر اكاف وجوالقات على ان يواجرا الدابة على ان اجرها بينهما نصفين
كانت الشركة فاسدة واجر الدابة لصاحبها وللرجل معه اجر مثله في قولهم جميعا اما فساد
الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة واما الاجر فلانه بدل منافع الدابة
فكان لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الاخر بعقد فاسد فكان عليه اجر مثلها ولو دفع دابة
الى رجل ليواجرها على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللاخر اجر
مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب
الدابة لان العاقد عقد على ملك غيره بامره وللاخر اجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعه
بعقد فاسد ولو كان دفع اليه الدابة ليبيع عليها الطعام على ان الربح بينهما نصفان كان فاسدا
والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة اجر مثلها وكذا البيت لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى
منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه اجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل وتجوز
اتفقت اعمالهما او اختلفت كالخياط مع القصاب ونحو ذلك وهذا قول اصحابنا الثلثة وقال زفر

لا يجوز

لا يجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالقصارين والخياطين بناء على ان الشركة
تجوز بالمالين المختلفين عندنا فكذا بالعملين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين
كذا بالعملين المختلفين والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بضمان العمل
والعمل مضمون عليهما اتفق العملان او اختلفا والله اعلم واما الشركة بالوجوه فشرط المفاوضة
منها ان يكونا من اهل الكفالة وان يكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشترى بينهما نصفين
وان يكون الربح بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة لما ذكرنا فيما تقدم واما العنان
منها فلا يشترط اهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشترى حتى لو اشتركا بوجوههما على ان
يكون ما اشتريا او احدهما بينهما نصفين او اثلاثا او ارباعا او كيف ما شرطا على التساوي والتفاضل
كان جائزا وضمان ثمن المشترى بينهما على قدر ملكيهما في المشترى والربح بينهما على قدر الضمان فان شرطا
لاحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشترى لان
الربح في هذه الشركة انما يستحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان فاذا شرط لاحدهما اكثر من حصته
من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ربح من غير ملك ولا ضمان فلا يجوز فان قيل الربح كما يستحق
بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز ان يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك
شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان
ولم يوجد هاهنا فلا يستحق كما قال لاخر ادفع اليك الفا مضاربة على ان تعمل فيها بالنصف ولم يعين
الالف انه لا تجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل في مال معين فصل واما حكم الشركة فاما
شركة الاملاك فحكمها في النوعين جميعا واحد وهو ان كل واحد من الشريكين كانه اجنبي في
نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك او الولاية ولا
ملك لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولا ولاية بالوكالة او القرابة ولم يوجد شيء من ذلك وسواء
كانت الشركة في العين او الدين لما قلنا ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبد باعاه
اياه بالف درهم الف والف بينهما اقرضاه اياه او استهلك الرجل عليهما شيئا قيمته الف درهم او ورثا
دينا الرجل واحد عليه فقبض احدهما نصيبه او بعض نصيبه فللاخر ان يشركه فيما اخذ منه نصف
ما قبض والاصل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد اذا قبض احدهما شيئا
منه فللاخر ان يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل من احدهما لكان ذلك
قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور
فيه القسمة ولهذا لا تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال احدهما لصاحبه خذ
منها لك هذا الجانب ولي هذا الجانب لانعدام التمييز واذا لم تصح في العين من غير تمييز ففي الدين
اولى ولان القسمة فيها معنى التمليك لانه ما من جزء الا واحدهما ملكه والاخر ملك صاحبه
فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعضه ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تمليك
الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فجعل المقبوض من النصيبين جميعا لئلا يؤدي الى ما قلنا
وكان له ان ياخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقابض ان يمنعه عنه بان يقول انا اعطيك
مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض
منعه وسواء كان المقبوض مثل حقه او اجود او ادنى اما اذا كان اجود من حقه فلان الجودة لا عبرة
بها في الجنس الواحد الا ترى ان من عليه الردي اذا اعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول
فكان قبضه قبضا لعين الحق وان كان ادنى فقبض الردي عن الجيد جائز لانه من جنس حقه

وما قبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقابض دينا على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما
على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين الف درهم بينهما فقبض احدهما خمسماية فجا الشريك
فاخذ نصفها كان للقابض ما بقي له على الغريم وذلك مايتان وخمسون ويكون الشريك بالقدر
في الدين كما كانت لانه لما اخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ما قبض وبقي
الباقي من دينه بحاله وان اخرج القابض عن يده بان وهبه او باعه او قضى دينا عليه او استهلكه
بوجه من الوجوه فلشريكه ان يضمنه نصف ما قبض لانه اتلف عليه نصف ما قبضه من نصيبه فكان له
ان يضمنه فان لم يقبض احد الشريكين شيا ولكن ابرا الغريم من حصته جازت
البراة ولا يضمن لشريكه شيا لانه لم يقبض شيا من الدين بل اتلف حصته لا غير
فلا يضمن فان ابراه احدهما عن ماية درهم ثم خرج من الدين شي اقتسماه بينهما على قدر
ما لكل واحد منهما على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة اسهم لان احدهما لما ابرا
الغريم من ماية درهم بقي له من الدين اربعماية ولشريكه خمسماية فيضربان في قدر
المقبوض بتسعة اسهم وكذلك اذ كانت البراة بعد القبض قبل ان يقتسما لان القسمة
تقع على قدر حقهما فاما اذا اقتسما المقبوض نصفين ثم ابرا احدهما الغريم من ماية درهم
فالقسمة ماضية ولا ينقض ابراوه لعلا القسمة شيا لما اقتسما وملكيا سوا افتر وان المساواه
بعد ذلك لا يقدح في القسمة **ولو لم** يقبض احدهما شيا ولكن اشترى بنصيبه ثوبا من
الغريم فللشريك ان يضمنه نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب لانه انما اشترى
الثوب بثمن في ذمته لا بما في ذمة الغريم لانه لما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته
وله في ذمة الغريم مثله فصار قصاصا بدينه كانه قبض نصف الدين
فلا يكون له على الثوب سبيل فان اجتمعا جميعا على الشركة في الثوب فهو جايز لانه
قد وجب عليه نصف ثمنه فاذا سلم له نصفه بذلك ورضي شريكه به صار كانه
باع نصف الثوب منه فان لم يشتر بحصته شيا ولكن صالحه من حقه على ثوب
وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فان القابض بالخيار ان شا سلم اليه نصف الثوب
وان شا اعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار في ذلك الى القابض لان الصلح لم
يوجب شيا في المصالح لانه عقد تبرع بمنزلة الهبة والابرا بخلاف الشرا الا اذا قبض
ثوبا عن الدين المشترك فكان له ان سلم نصفه الى الشريك وله ان يقول انا اعطيك
نصف حقك من الدين لانه لا حق لك فيما زاد وللشريك في هذه الوجوه كلها ان لا يسلم
للشريك ما قبض ويرجع بدينه على الغريم لان من حجته ان يقول ان ديني قد ثبت عليك
بعقد المداينة فتسليمك الى غيري لا يسقط ما لي في ذمتك فان سلم للشريك ما قبض
ثم توي الدين على الغريم فله ان يرجع على الشريك ويكون الحكم في هذه الوجوه
كلها كالحكم فيما اذا لم يسلم الا وجها واحدا وهو انه اذا اراد ان ياخذ من يد صاحبه
بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك وللصاحب ان يمنعه عنها ويعطيه مثلها
لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم الشريك المقبوض للقابض ليسلم
ما في ذمة الغريم فاذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض كما كان الا انه ليس له في هذا الوجه
ان يرجع الى عين تلك الدراهم لانه اسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث اجاز
تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما يجدد له ضمان اخر بتوا ما له فيثبت

ذلك

ذلك في ذمة القابض كسائر الديون **فان اخر** احدهما نصيبه لم يجز تاخيره في قول
ابي حنيفة ويجوز عند ابي يوسف ومحمد ولا خلاف في انه لا يجوز تاخيره في نصيب شريكه
لانه لا يملكه ولا تولى هذا العقد فيه واما في نصيب شريكه فهو على الاختلاف **وجه قولهما**
ان نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطا بالابرا فالتاخير
اولى لانه دونه ولابي حنيفة ان تاخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وانها غير جايزة
والدليل على ان التاخير قسمة الدين انه وجد اثر القسمة وهو افراد كل واحد من الشريكين
بنصيبه على وجه لا يكون للاخر فيه حق وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه لعدم تصور
معنى القسمة وهو التمييز اذ هو اسم للفعل او لمال حكمي في الذمة بخلاف الابرا فانه ليس فيه
اثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه **فان قيل** قسمة الدين تصرف في الدين والتاخير
ليس بتصرف في الدين بل في المطالبة بالاسقاط **فالجواب** ان التاخير تصرف في الدين
والمطالبة جميعا لانه يوجب تغير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لو قبض
احدهما نصيبه كان للاخر ان يشاركه فيه وبعد التاخير لا يبقى له حق المشاركة ما دام
الاجل قايما **ثم فرع** على قولهما فقال اذا قبض الشريك الذي لم يوخر نصيبه لم يكن للذي
اخر ان يشركه فيما قبض حتى يحل دينه فاذا حل دينه فله ان يشركه ان كان قايما وان كان مستهلكا
ضمنه صاحبه لان الاجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له في المقبوض فاذا حل صار
كانه لم يزل حالا فيثبت الشركة وان لم يقبض الاخر شيا حتى حل دين الذي اخر
عاد الامر الى ما كان فيما قبض احدهما من شي يشركه الاخر فيه لان الدين لما حل فقد
سقط الاجل فصار كما كان قبل التاجيل ولو كان الدين بين شريكين على امراة فتزوجها
احدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن ابي يوسف ان لشريكه ان يرجع عليه
بنصف حقه من ذلك وروى بشر عنه ايضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن ابي يوسف
وهو قول محمد وجه البداية الاولى ان النكاح اوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله
فصار قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فكان له ان يرجع بنصف حقه
كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين وجه الرواية الاخرى ان من شرط وجوب الضمان
عليه لشريكه ان يسلم له مال يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه كما لو ابراها عن
نصيبه **ولو استاجر** احد الشريكين الغريم بنصيبه فان شريكه يرجع عليه في قولهم جميعا
لان الاجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فاشبه البيع وكذا الذي سلم وهو
المنفعة قابل للشركة فكان له ان يضمنه وذكر بشر في رواية عن ابي يوسف ان احد
الطالبين اذا شج المطلوب موضحة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه لشريكه شي لانه لم
يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون
فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شي **واما** اذا استهلك احد الطالبين على
المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه او اقرضه شيا بقدر نصيبه من الدين فلشريكه
ان يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفا
الدين من حيث المعنى فصار كانه استوفى حقيقة ولو كان وجب للمطلوب على احد الطالبين
دين بسبب قبل ان يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بما لاحد الطالبين فلا ضمان

على الذي سقط عنه الدين لشريكه لانما استوفى الدين بل قضاه دينا كان عليه اذ الاصل في دينين التقيا قصاصا ان يصير الاول مقتضيا بالثاني لانه كان واجب قبل الثاني واذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة اذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله لو ان احد الغريمين للذين لهما المال قبل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على جنايته بدم كان ذلك جايزا وبري من حصة القاتل من الدين وكان لشريك القاتل ان يشركه فياخذ منه نصف الجناية وكذلك لو تزوج المراة الغريمة على جنايته مرسله او استاجر الغريم بجنسها به مرسلة فرق بين هذا وبينما اذا صالح على نصف الدين وتزوج به ووجه الفرق ان العقد هاهنا وهو الصلح والنكاح على ما في الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفا الدين معنى بمنزلة الاستيفا حقيقة بخلاف الصلح عن نصف الدين والتزوج به فان العقد هناك ما وقع على ما في الذمة مطلقا الا ترى ان العقد هناك اضيف الى نصف الدين فلم تقع المقاوضة ولم يسلم له ايضا ما يحمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر علي بن الجعد عن ابي يوسف انه لو مات المطلوب واحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفا اشتركا بالحصص لان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة بقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الورثة فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والاجنبي سوا **ولو اعطى** المطلوب لاحدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه ان يضمنه لان قبض الرهن قبض استيفا وبهلاك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما **ولو غصب** احد الشريكين من المطلوب عبدا فمات عنده فلشريكه ان يضمنه لانه اذا هلك صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فملك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور او الاستناد **ولو ذهبت** احدى عيني العبد بافة سماوية في ضمان الغاصب مرده لم يرجع شريكه عليه بشي لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه لم يملك الفوت ولا يضمن لشريكه بخلاف نفس العبد لانه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذا العبد المرهون اذا ذهبت احدى عينيه بافة سماوية وكذا لو اشترى احد الشريكين من الغريم عبدا بيعا فاسدا وقبضه فمات في يده او باعه او اعتقه انه يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب ولو ذهبت عينه بافة سماوية فرده لم يضمن لشريكه شيا ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة كذا هذا والله اعلم

واما شركة العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلو اما ان تكون صحيحة او فاسدة اما الصحيحة فاما الشركة بالاموال فنبين احكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لاحد شريكي العنان والمفاوضة ان يعمله في مال الشركة وما لا يجوز **اما العنان** فلاحد شريكي العنان ان يبيع مال الشركة لانهما بعقد الشركة اذن كل واحد منهما صاحبه بيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة الا بالبيع والشرا فكان اقدامهما على العقد اذنا من كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشرا دلالة وله ان يبيع مال الشركة بالنقد والنسيه لان الاذن بالبيع مقتضى الشركة وجد مطلقا ولان الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقدا ونسيه وله ان يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا الا بما لا يتغابن الناس في مثله لان المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضي في شرح مختصر الطحاوي وجعل على الاختلاف

في الوكيل

في الوكيل بالبيع مطلقا انه يجوز عند ابي حنيفه وعند ابي يوسف ومحمد لا يجوز **ولو باع** احدهما واجل الاخر لم يجز تاجيله في نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز في نصيب نفسه فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الدين المشترك اذا اخر احدهما نصيبه **هذا اذا** عقد احدهما واجل الاخر فاما اذا عقد احدهما ثم اخر العاقد فلا خلاف في انه يجوز تاخيره في نصيب نفسه لانه مالك وعاقد **واما** في نصيب شريكه فيجوز تاجيله في قول ابي حنيفه ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز والكلام فيها على مسيلة الوكيل بالبيع انه يملك تاخير الثمن والابراعنه عندهما وعنده لا يملك **ووجه** البنا ظاهر لان العاقد في نصيب الشريك وكيل عنه وهي من مسايل كتاب الوكالة الا ان هناك اذا اخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهاهنا لا يضمن الشريك العاقد لان العاقد يملك ان يقايل البيع ثم يبيعه بنسيه فاذا لم يقايل واخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك ان يقايل ويبيع بالنسيه فاذا اخر يضمن **وله ان** يشتري بالنقد والنسيه لما قلنا في البيع وهذا اذا كان في يده مال ناض للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيا بنسيه او كان عنده شي من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيا بنسيه فاما اذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم او دنانير شيا كان المشترا له خاصة دون شريكه لانا لو جعلناه مشتراة على الشركة لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير ان يوذن له بذلك كالمضارب لانه يصير مال الشركة اكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدراهم والدنانير نسيه لان العروض لا تصلح راس مال الشركة فكان الشرا بالاثمان استدانة بخلاف ما اذا اشترى بها وفي يده مثلها لان ذلك ليس باستدانة **وحكى الحسن** بن زياد عن ابي حنيفه انه اذا كان في يد احد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز بنا على ان زفر يعتبر المجانسة في راس مال الشركة حقيقة حتى اي انعقاد الشركة في الدراهم مع الدنانير لاختلاف الجنس حقيقة فيصير كانه اشترى بالدراهم وعنده عروض ونحن نعتبر المجانسة معنى وهو الثمنية وقد تجانسا في الثمنية فصار كانه اشترى بجنس ما في يده صورة ومعنى **وله** ان يبضع مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والابضاع من عادتهم ولان له ان يستاجر من يعمل في البضاعة بعوض فالابضاع اولى لانه استعمال المبضع في البضاعة بغير عوض **وله** ان يودع لان الايداع عادة التجار ومن ضرورات التجارة ايضا لانه لا يجد بدا منه لانه يحتاج الى ذلك عند اعتراض احوال تقع عادة ولان له ان يستحفظ المودع باجر فبغير اجر اولى وليس له ان يشارك الا ان يوذن له بذلك لان الشي لا يستتبع مثله فان شارك رجلا شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريكين لانه ان كان لا يملك الشركة في حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وان اشترى الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفان ولا شي للاجنبي فيه لانه لم يوكله فبقي ما اشتراه على حكم الشركة وقال الحسن بن زياد اذا شارك احد شريكي العنان شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه لم يكن مفاوضة وكانت شركة عنان لان المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان لان المفاوضة يجب ان يكون شريكه في كل المال وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسخا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان يملك الفسخ من صاحبه صحت المفاوضة وذلك ابطال لشركة العنان لانه يملك فسخ الشركة مع حضور

صاحبه وليس له ان يخلط مال الشركة بمال له خاصة لان الخلط ايجاب حق في المال فلا يجوز
الا في القدر الذي رضي به رب المال وهل له ان يدفع مال الشركة مضاربة ذكر محمد رحمه الله
في الاصل عن ابي حنيفة ان له ذلك وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ذلك وجه رواية
الحسن ان المضاربة نوع شركة لان رب المال مع المضارب يشتركان في الربح وهو لا يملك الشركة
باطلاق العقد فلا يملك المضاربة وجه ظاهر الرواية انه يملك ان يستاجر اجيرا يعمل
في مال الشركة فلان يملك الدفع مضاربة اولى لان الاجير يستحق الاجر سوا حصل في الشركة
ربح ام لا والمضارب لا يستحق شيا بعمله الا اذا كان في المضاربة ربح فلما ملك الاستيجار فلان
يملك الدفع مضاربة اولى والاستدلال بالشركة غير سديد لان الشركة فوق المضاربة
لانها توجب الشركة في الاصل والفرع والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الاصل والشي
ليستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه او مثله ولهذا لا يملك المضارب دفع المال مضاربة
بمطلق العقد لان المضاربة مثل المضاربة ويملك التوكيل لانه دون المضاربة والوكيل لا يملك
ان يوكل غيره باطلاق الوكالة لان الوكالة مثل الوكالة وله ان يعمل في مال الشركة كل ما
للمضارب ان يعمله في مال المضاربة وسنذكر ذلك في كتاب المضاربة ان شا الله تعالى لان
تصرف الشريك اقوى من تصرف المضاربات واعم منه فما كان للمضارب ان يعمل فالشريك اولى
ولـه ان ياخذ مالا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به
كالواجر نفسه وله ان يوكل بالبيع والشرا استحسانا والقياس ان لا يجوز لان شريكه رضي برايه
ولم يرض براي غيره وجه الاستحسان ان الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع
والشرا من عادتهم ولانه من ضرورات التجارة لان التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات
بنفسه فيحتاج الى التوكيل فكان التوكيل من ضرورات التجارة بخلاف الوكيل بالشرا انه لا يملك
ان يوكل غيره لانه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك الا الشرا فيمكنه مباشرته بنفسه فلا ضرورة
الى ان يوكل غيره ولان الشركة اعم من الوكالة والوكالة اخص منها والشي يستتبع دونه ولا يستتبع مثله
وبخلاف ما اذا كانا شريكين في خادم او ثوب خاصة انه ليس لاحدهما ان يوكل رجلا ببيعه
وان وكل لم يجز في حصة صاحبه لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين في شركة الاملاك
اجنبي عن صاحبه محجور عن التصرف في نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية
على ما بينا فيما تقدم ولـه ان يوكل وكيلا ويدفع اليه ماله ويامره ان ينفق على بيتي من تجارتهما
والمال من الشركة لما ذكرنا ان الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه كتصرف التوكيل فان
اخرج الشريك الاخر الوكيل يخرج من الوكالة ان كانت في بيع او شرا او اجارة لان كل واحد
منهما لما ملك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل وكيل لشريكه فاذا وكل كان للموكل
ان يعزل وكيله وان كان وكيلا في تقاضي ما داينه فليس للاخر اخراجه لانه لا يملك ان يوكل
شريكه فلا يملك ان يعزل وكيله عنه ولـه ان يستاجر الشي من تجارتهما لان الاجارة
من التجارة حتى يملكها الماذون في التجارة وهو من عادات التجارة ايضا ومن ضرورات التجارة
لان التاجر لا يجد بدا منه ولان المنافع عند ايراد العقد عليها تجري مجرى الاعيان فكان
الاستيجار بمنزلة الشرا وهو يملك الشرا فيملك الاستيجار والاجر يكون على المستاجر يطالب به
دون شريكه لان العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد ويرجع على شريكه بنصف
الاجرة لانه وكيله في العقد وله ان يرهن متاعا من الشركة بدين وجب بعقده وهو

الشرا او يرتهن بما باعه لان الرهن ايفا الدين والارتهان استيفاوه وانه يملك الايفا
والاستيفا فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد رحمه الله في كتاب الرهن اذا رهن احدهما
متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما ادانا وقبض لم يجز
على شريكه وذلك محمول على ما اذا رهن احدهما بدين عليهما وجب بعقدهما لان الرهن ايفا وكل
واحد منهما لا يملك ان يوفي دين الاخر من ماله الا بامره فلا يملك الرهن والارتهان استيفا
واحدهما لا يملك استيفا ثمن ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك في يده وقيمته
والدين سوا ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضمونا
كالصحيح فكان مستوفيا حصته من الدين لانه كان يملك استيفا حصته من الدين قبل الارتهان
وان ولي غيره فاذا ارتهنه بجميع الدين صار مستوفيا لجميع الدين فيصير مستوفيا حصته ضرورة
فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار ان شا رجع بحصته على المطلوب ورجع المطلوب بنصف
قيمة الرهن على المرتهن وان شا ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبض استيفا الدين
فاذا هلك في يده تقرر استيفا كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان
لشريكه ان يرجع على الغريم بحصته ويرجع الغريم على القابض بما قبض لانه انما سلم اليه ليملك ما في
ذمته بما سلم ولم يملك فكان له ان يرجع كذا ههنا للمطلوب ان يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن
وان شا الشريك رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان احد الشريكين اذا استوفى الدين
المشترك كله كان للشريك الاخر ان يرجع عليه بنصيبه وطريق ذلك ان يصير المقبوض وقع
للقابض وللشريك ان يشاركه فيه ومتى شاركه فيه فللقابض ان يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه
في ذلك ايضا هكذا الى ان يستوفي هو وشريكه الاخر الى ان يستوفيا الدين طعن عيسى بن ابان
في هذه المسالة وقال يجب ان لا يضمن الشريك نصيب شريكه لان محمدا رحمه الله قال لو قال رجل
لرجل اعطني رهنا بدين فلان الذي عليك فان اجازه جاز وان لم يجزه فلا ضمان على من اعطاه
وهلك الرهن في يده لم يضمن وهذا الطعن في غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن
في يد العدل لانه لما اخذ رهنا لغيره وشرط ان لا ضمان عليه صار عدلا وهلاك الرهن
في يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس بقبض استيفا وههنا انما قبض للاستيفا
والرهن المقبوض للاستيفا مضمون فلم يصح الطعن ولـه ان يحتال لان الحوالة من عمل التجارة
لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس في الملاة والافلاس وكون بعضهم املى من بعض
وفي العادة يختار الاملا فالاملى فكانت الحوالة وسيلة الى الاستيفا فكانت في معنى الرهن
في التوثق للاستيفا ولان الاحتيال تمليك ما في الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد
تولاه احدهما ترجع الى العاقد حتى لو باع ما في الذمة بمثله احدهما لم يكن للاخر ان يقبض
شيا من الثمن وكذلك كل دين لزمهما انسانا بعقد وليه احدهما فليس للاخر قبضه وللمديون
ان يمتنع من دفعه اليه وكذا المشتري من الوكيل بالبيع ان له ان يمتنع من دفع الثمن الى الموكل لان
القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المديون لم يلتزم الحقوق
لمالك وانما التزمها العاقد فلا يلزمه ما لم يلتزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك
من غير توكيل بري من حصته ولم يبرا من حصة الدائن وهذا استحسان والقياس ان لا يبرا
الدافع وجه القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو اجنبي عنها وانما
تتعلق بالعاقد فكان الدفع الى القابض بغير حق فلا يبرا وجه الاستحسان انه لا فايدة

في نقض هذا القبض اذ لو لا نقضناه لاحتجنا الى اعادته لان المديون يلزمه دفعه الى العاقد
والعاقد يرد حصة الشريك اليه فلا يفيد النقض ثم الاعادة في الحال وهذا على القياس والاستحسان
في الوكيل بالبيع اذا دفع المشتري الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل ولا يطالب الشريك بتسليم
المبيع لما قلنا وليس لاحدهما ان يخاصم فيما اداناه الاخر او باعه والخصومة للذي باع وعليه
للشريك الذي لم يل من ذلك شي ولا يسمع عليه بينته ولا يستحلف وهو والاجنبي في هذا سوا
لان الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد ولو اشترى احدهما شيا لا يطالب
الاخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما بينا وللعاقد ان يوكل وكيلا بقبض الثمن والمبيع فيما اشترى
وباع لما ذكرنا فيما تقدم ولاحدهما ان يقايل فيما باعه الاخر لان الاقالة في معنى الشرا وانه يملك
الشرا على الشركة فيملك الاقالة وما باعه احدهما او اشترى فظهر عيب لا يرد الاخر بالعيب
ولا يرد عليه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وانها ترجع الى العاقد والرجوع بالثمن عند
استحقاق المبيع على البايع لان العاقد فان اقر احدهما بعيب في متاع جاز اقراره عليه وعلى
صاحبه قال الكرخي وهذا قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف فرق بين هذا وبين
الوكيل اذا اقر بالعيب فرد القاضي المبيع عليه انه لا ينفذ اقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة
لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولاحد الشريكين ان يسترد المبيع ويقيل
العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع احدهما متاعا من الشركة فرد عليه بعيب بغير قضا
قاض جاز عليهما لان قبول المبيع بالتراضي من غير قضا القاضي بمنزلة شرا مبتدا بالتعاطي
وكل واحد منهما يملك ان يشتري ما باع على الشركة وكذا القبول من غير قضا القاضي بمنزلة
الاقالة والاقالة من احدهما ينفذ على الاخر وكذا لو حط من ثمنه او اخر ثمنه لاجل العيب فهو جايز
لان العيب يوجب الرد ومن الجايز ان يكون الصلح والحط انفع من الرد فكان له ذلك
وان حط من غير علة او اخر بخلاف منه جاز في حصته ولم يجز في حصة صاحبه لان الحط
من غير عيب تبرع والانسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره وكذلك لو وهب
لان الهبة تبرع ولكل واحد منهما ان يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مرابحة على ما اشتراه لان
كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشرا والبيع والوكيل بالبيع والشرا مرابحة وهل لاحدهما ان يسافر
بالمال من غير اذن صاحبه ذكر الكرخي ان ليس له ذلك والصحيح من قول ابي يوسف ومحمد
ان له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم ان يسافروا وروي عن ابي حنيفة انه ليس للشريك
والمضارب ان يسافر وهو قول ابي يوسف وروي عن ابي يوسف ان له ان يسافر الى موضع لا يبيت
عن منزله وروي عنه ان يسافر بما لا حمل له ولا مونة ولا يسافر بما له حمل ومونة وجه ظاهر قول
ابي يوسف ان السفر خطر فلا يجوز في ملك الغير الا باذن وجه الرواية التي فرق فيها بين القريب
والبعيد انه اذا كان قريبا بحيث لا يبيت عن منزله كان في حكم المصر وجه الرواية التي فرق
فيها بين ما له حمل وما لا حمل له ان ما له حمل اذا احتاج شريكه الى رده يلزمه مونة في الرد فيتضرر به
ولا مونة تلزمه فيما لا حمل له وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الاذن بالتصرف يثبت مقتضى
الشركة وانما صدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجري على اطلاقه الا بدليل ولهذا جاز للمودع
ان يسافر على انه في معنى المودع لانه مؤتمن في مال الشركة كالمودع في مال الوديعة ثم لما كان
الشريك يملك امرا زايدا لا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلان يملكه
الشريك اولى وقول ابي يوسف ان المسافر بالمال مخاطرة بالمال مسلم اذا كان الطريق مخوفا

فاما اذا

فاما اذا امنا فلا خطر فيه بل هو مباح قال الله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في
الارض وابتغوا من فضل الله وقال النبي عليكم ضاح ان تبتغوا فضلا من ربكم مطلقا من غير
فصل وما ذكر من لزوم مونة الرد فيما له حمل ومونة فلا يعد ذلك غرامة في عادة التجار
لان كل مونة تلزم تلحق براس المال هذا اذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل في ذلك برايك
فاما اذا قال ذلك فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخلط مال
الشركة بماله خاصة والرهن والارتهان مطلقا لانه فوض الراي اليه في التصرف الذي
اشتملت عليه الشركة مطلقا واذا سافر احدهما بالمال وقد اذن له بالسفر او قيل له اعمل
برايك او عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن ابي حنيفة ومحمد فله ان ينفق من جملة المال
على نفسه في كرايه ونفقته وطعامه وادامه من راس المال روى ذلك الحسن عن ابي حنيفة
وقال محمد وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له ذلك لان الانفاق من مال الغير لا يجوز
الا باذنه نصا وجه الاستحسان العرف والعادة لان عادة التجار الانفاق من
مال الشركة والمعروف كالمشروط ولان الظاهر هو التراضي بذلك لان الظاهر
ان الانسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح يحتمل ان يكون
ويحتمل ان لا يكون لانه التزام ضرر للحال لنفع يحتمل ان يكون ويحتمل ان لا يكون فكان
اقدامهما على عقد الشركة دليلا على التراضي بالنفقة من مال الشركة ولان كل واحد
منهما في مال صاحبه بمنزلة المضارب لان ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال
وهو يستحق نصف الربح شايعا كالمضارب فتكون نفقته في جميع المال كالمضارب اذا
سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك كذا ههنا قال محمد فان ربح
حسبت النفقة من الربح وان لم يربح كانت النفقة في راس المال لان النفقة جزو تالف
من المال فاذا كان هناك ربح فهو منه الحال والا فهو من الاصل كالمضارب وما اشترى احدهما
لنفسه من مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرنا انه يصير مستدينا على مال الشركة وصاحبه
لم ياذن له بالاستدانة وليس لاحدهما ان يهب ولا ان يقرض على شريكه لان كل واحد منهما
تبرع اما الهبة فلا شك فيها واما القرض فلانه لا عوض له في الحال فكان تبرعا في الحال
وهو لا يملك التبرع على شريكه وسوا قال اعمل برايك او لم يقل الا ان ينص عليه بعينه لان قوله
اعمل برايك تفويض الراي اليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض مالا
لزمهما جميعا لانه تمليك مال بالعقد فكان كالصرف فينفذ في حصته وحصة شريكه ولان كان
الاستقراض استعارة في الحال فانه يملك الاستعارة وان كان تمليكا يملكه ايضا وليس
له ان يكاتب عبدا من تجارتهما ولا ان يعتق على مال لان الشركة تنعقد على التجارة والكتابة
والاعتاق ليسا من التجارة الا ترى انه لا يملكها الماذون في التجارة وسوا قال اعمل برايك
او لا لما قلنا وليس له ان يزوج عبدا من تجارتهما في قولهم جميعا لانه ليس من باب التجارة وهو
ضرر محض فلا يملكه الا بالاذن نصا وكذلك تزويج الامة في قول ابي حنيفة ومحمد لانه ليس
من التجارة ويجوز عند ابي يوسف والمسالة تقدمت في كتاب النكاح ولو اقر بدين لم يجز على
صاحبه لان الاقرار حجة قاصرة فلا يصدق في ايجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لان
الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالاقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو اقر بجارية
في يده من تجارتهما انها لرجل لم يجز اقراره في نصيب شريكه وجاز في نصيبه لما ذكرنا ان الاقرار

الانسان ينفذ على نفسه لا على غيره لانه في حق غيره شهادة وسوا كان قال له
اعمل برايك او لا لان هذا القول يفيد العموم فيما يتضمنه الشركة والشركة لم تتضمن
الاقرار وما ضاع من مال الشركة في يد احدهما فلا ضمان عليه في نصيب شريكه ويقبل قول
كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع يمينه لانه امين واما المفاوضة
فجميع ما ذكرنا انه يجوز لاحد شريكي العنان ان يفعله وهو جائز على شريكه اذا فعله
فيجوز لاحد شريكي العنان ان يفعله واذا فعله فهو جائز على شريكه لان المفاوضة
اعم من العنان فلما جاز لشريك العنان فجوازه للمفاوض اولى وكذا كل ما كان شرطا
لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لانها لما كانت اعم من العنان فهي
تقتضي شروط العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة
المفاوضة بعينها مما لا يفسد العنان لاختصاصها بشرايط لم تشترط في العنان وقد
بينا ذلك فيما تقدم والان نبين الاحكام المختصة بالمفاوضة التي يجوز للمفاوض
ولا يجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز اقرار احد شريكي
المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه يطالب المقر ايهما شا لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر
فيلزم المقر باقراره ويلزم شريكه بكفالته وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين
التجارة كثمن المشترى في البيع الصحيح وقيمته في البيع الفاسد واجرة المستاجر وما
هو في معنى التجارة كالغصوب والخلاف في الودائع والعواري والاجارات والاستهلاكات
وصاحب الدين بالخيار ان شا اخذ هذا بدينه وان شا شريكه بحق الكفالة اما دين التجارة
فلانه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل على عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد
منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا لو ان البينة تسمع في ذلك على الشريك
الذي لم يعقد لان الدين لزمه كما لزم شريكه ولانه كفيل عن شريكه والبينة بالدين تسمع
على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول
الصحيح والفاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة واما الغصب فلان ضمان الغصب
في معنى ضمان التجارة لانه تقرر الضمان فيه يفيد ملك المغصوب فكان في معنى ضمان البيع
والخلاف في الودايع والعواري والاجارات في معنى الغصب لانه من باب التعدي على مال
الغير بغير اذن مالكه فكان في معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب واما اروش
الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يواخذ به شريكه لانه ليس
بضمان التجارة ولا في معنى ضمان التجارة لانعدام معنى معاوضة المال بالمال راسا وروي
عن ابي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لانه ضمان جناية فاشبه
ضمان الجناية على غير بني ادم والجواب ما ذكرنا ان ضمان الغصب وضمان الاتلاف في غير بني ادم
ضمان معاوضة لانه ضمان يملك به المغصوب عوضا عنه بخلاف ضمان الجناية على بني ادم
لانه لا يملك به المغصوب فلم يوجد فيه معنى المعاوضة اصلا ولو كفل احدهما عن انسان
فان كفل عنه بمال لزم شريكه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يلزمه وان كفل بنفس
لا يوخذ بذلك شريكه في قولهم جميعا وجه قولهما ان الكفالة تبرع فلم يلزم صاحبه كالهبة
والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى
لا يجوز من الصبي والمكاتب والعبد الماذون وكذا تعتبر من الثلث اذا كانت في حال

المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولابي حنيفة ان الكفالة تقع تبرعا ابتداء ثم تصير معاوضة
انتهاء لوجود التمليك والتملك حتى لا يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل اذا كانت الكفالة
بامر المكفول عنه فقلنا لا يصح من الصبي والمكاتب والماذون ويعتبر من الثلث عملا بالابتداء ولزم
شريكه عملا بالانتهاء وصورة عقد تولاه احدهما يرجع اليهما جميعا حتى لو باع احدهما شيا من مال
الشركة يطالب غير البايع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البايع ويطالب غير البايع منهما المشتري
بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبايع ولو اشترى احدهما شيا يطالب الاخر بالثمن كما يطالب
المشتري وله ان يقبض المبيع كالمشتري وان وجد المشتري منهما بالمبيع عيبا فلصاحبه ان يرده
بالعيب كالمشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري ولو باع احدهما سلعة من
شركتهما فوجد المشتري بها عيبا فله ان يردها على ايهما شا ولو انكر العيب فله ان يحلف البايع على
البتات وشريكه على العلم ولو اقر احدهما نفذ اقراره على نفسه وشريكه ولو باعا سلعة من
شركتهما ثم وجد المشتري بها عيبا فله ان يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات
وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم يمين واحدة على العلم في قول محمد وقال ابو يوسف
يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعا في ضمان
التجارة وضمانها سوا فعل احدهما كفعلهما وقول احدهما كقولهما وهما في الحقيقة شخصان وفي
احكام التجارة كشخص واحد ولاحدهما ان يكاتب عبد التجارة او ياذن له بالتجارة لان تصرف
كل واحد منهما فيما يعود نفعه الى مال الشركة عام كتصرف الاب في مال الصغير كذا روي عن محمد انه قال
كل ما يجوز ان يفعله الانسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه اجوز امرا ومعناه ان الاب يملك كتابة
ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا ملك له فيه راسا فلان يملك المفاوض اولى ولا يجوز له ان
يعتق شيا من عبيد التجارة على مال لانه في معنى التبرع لانه يعتق بمجرد القبول ويبقى البدل في ذمة
المفلس قد يسلم له وقد لا يسلم فكان في معنى التبرع ولهذا لا يملكه الاب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج
العبد لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وينتقص به قيمته ويكون ولده لغيره
فكان التزويج ضررا محضا فلا يملكه في ملك غيره ويجوز له ان يزوج الامة لان تزويج الامة نفع
محض لانه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتها وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود الى مال الشركة
سوا كانت من باب التجارة او لا بخلاف الشريك شركة عنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة
على اصل ابي حنيفة ومحمد وتزويج الامة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد
فلا ينفذ وعند ابي يوسف ينفذ كتصرف المفاوض لوجود النفع ويجوز له ان يدفع المال مضاربة
لما ذكرنا في الشريك شركة عنان انه يجوز له ان يستاجر من يعمل في مال الشركة بمال يستحقه الاجير
بيقين فالدفع مضاربة اولى لان المضارب لا يستحق الربح فيها بيقين لجواز ان يحصل وان لا يحصل
ويجوز له ان يشارك شركة عنان في قول ابي يوسف ومحمد لان شركة العنان اخص من شركة المفاوضة
فكانت دونها فجاز ان يتضمنها المفاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لانها دونه فيستتبعها ولان الاب
يملك ذلك في مال ابنه فيملكه المفاوض على شريكه بطريق الاولى على ما بينا وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه لا يجوز له لانه يوجب للشريك الثالث حقا في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا
شارك له شركة عنان واما اذا فاوض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد رحمه الله في الاصل وقال
ابو يوسف لا يجوز وكذلك في رواية الحسن عن ابي حنيفة وجه قول محمد ان عقد المفاوضة عام فيصير
تصرف كل واحد منهما كتصرف الاخر ولابي يوسف ان المفاوضة مثل المفاوضة والشي لا يستتبع مثله ويجوز

له ان يرهن ويرتهن على شريكه لان الرهن ايفا والارتهان استيفا وكل واحد منهما يملك الايفا والاستيفا فيما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما ان يقتضي ما اداناه او ادانه صاحبه او ما وجب لهما على رجل من غصب او كفالة لان كل واحد منهما وكيل الاخر فيملك ان يستوفي حقوقه بالوكالة وما وجب على احدهما فلصاحب الدين ان ياخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارات لان الكفيل خصم فيما يدعي على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشترى احدهما من طعام لاهله او كسوة او ما لا بد له منه فذلك جائز وله خاصة دون صاحبه والقياس ان يكون المشترى مشتركا بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الاعيان لكنهم استحسنوا ان يكون له خاصة للضرورة لان ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المفاوضة فاختص به المشتري لكن للبائع ان يطالب بالثمن ايهما شا وان وقع المشترى الذي اشتراه خاصة لان هذا مما لا يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الاخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك الا انه قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قضى دينا عليه من مال على وجه التبرع لانه التزم ذلك فيرجع عليه وليس له ان يشتري جارية للوطي او للخدمة بغير اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيها الاشتراك ولا ضرورة تدعو الى الانفراد بملكها فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمه ضرورة فاخرجا عن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة في الجارية فبقيت داخلة تحت العموم فان اشترى ليس له ان يطاها ولا لشريكه لانها دخلت في الشركة فكانت بينهما فهذه جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لاحدهما ان يطاها

فان اشترى احدهما جارية ليطاها باذن شريكه فهي له خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة ان الشريك يرجع عليه بشي او لا يرجع وذكر في الجامع الصغير الخلاف فقال عند ابي حنيفة لا يرجع عليه بشي من الثمن وعند ابي يوسف ومحمد يرجع عليه بنصف الثمن **وجه قولهما** ان الحاجة الى الوطي متحققة فتلحق بالحاجة الى الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت له خاصة وصار مستثنى عن عقد الشركة فقد نقد ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف ولابي حنيفة ان الاصل في كل ما يحتمل الشركة اذا اشتراه احد الشريكين ان يقع المشترى مشتركا بينهما من غير اذن جديد من الشريك بالشرا الا فيما فيه ضرورة وهو ما ذكرنا من الطعام والكسوة ولا ضرورة في الوطي فوقع المشترى على الشركة بالاذن الثابت باصل العقد من غير الحاجة الى اذن اخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لو وقع المشترى على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه فكان للتمليك كانه قال له اشتر جارية بيننا وقد ملكتك نصيبي منها فكانت الهبة متعلقة بالشرا فاذا اشترى وقبض صحت الهبة كما لو قال ان قبضت ما لي على فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه كذا هذا واذا كان كذلك فقد نقد ثمن الواقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشي فان اشترى جارية للوطي باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطي العقر ياخذ المستحق بالعقر ايهما شا اما وجوب العقر فلا شك فيه لان وطي ملك الغير في دار الاسلام لا يخلو عن احدى الغرامتين اما الحد واما العقر وقد تعذر ايجاب الحد لمكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر واما ولاية الاخذ من ايهما شا فلان هذا ضمان وجب بسبب الشرا والضمان الواجب بسبب الشرا يلزم كل واحد منهما كالثمن لان الشرا من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف المهر في النكاح الصحيح والفاسد لانه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس

من التجارة

من التجارة فلا يدخل في الشركة ولو قال احدهما في بيع باعه الاخر جازت الاقالة عليهما لما ذكرنا ان الاقالة في معنى الشرا وهو يملك الشرا فيملك الاقالة ولان الشريك في شركة العنان يملك الاقالة فالمفاوض اولى **واذا مات** احد المتفاوضين او تفرقا لم يكن للذي لم يل المداينة ان يقبض الدين لان الشركة بطلت بموت احدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل لبطلان امره بموته وبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فيبطل الشركة فلا يجوز لاحدهما ان يقبض نصيب الاخر اذا لم يكن هو الذي تولى العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا **واما** الذي ولي المداينة فله ان يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المداينة لكونه من حقوق العقد ولا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل **ولو اجر** احدهما نفسه في الخياطة او عمل من الاعمال فالاجر بينهما نصفان وان اجر نفسه للخدمة فالاجر له خاصة لان في الفصل الاول اجر نفسه في عمل يملك ان يتقبل على نفسه وعلى صاحبه فاذا عمل فقد ادى ما عليهما فكانت الاجرة بينهما وفي الفصل الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت الاجرة له خاصة

قال ابو حنيفة رحمه الله اذا قضى احدهما دينا كان عليه قبل المفاوضة فهو جائز لانه اذا قضى فقد صار المقتضى دينا على القاضي او لانه يصير مقتصا بماله على القاضي فكان هذا تمليكا بعوض فتناوله عقد الشركة فلكه لجاز القضا وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لما ذكرنا ان قبضه قبض مضمون لانه قبض ما للشريك ان يملكه اياه ويرجع على شريكه بحصته منه لانه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض المفاوضة **وان ازداد** مال احد الشريكين لان الواجب دين وزيادة مال احد الشريكين اذا كانت دينا لا يوجب بطلان المفاوضة كما لا تمنع انعقادها لما مر ان الدين لا يصلح راس مال الشركة فاذا استوفى ذلك بطلت المفاوضة لانه ازداد ماله صالحا للشركة على مال شريكه **ولو رهن** امة من مال المفاوضة بجنس ماية وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بجنس ماية ولا يضمن ما بقي لان الزيادة امانة في يد المرتهن فكان مودعا في قدر الامانة من الرهن وللمودع والمفاوض ان يودع وكذلك وصي اليتيم رهن امة له بدين عليه وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بالدين وذلك يكون دينا للورثة على الوصي ويواسي في الفصل وكذلك الاب يرهن امة ابن له من الرضاعة صغير بدين عليه لان الاب والوصي يملكان الايداع والزيادة على قدر الدين من الرهن امانة فكانت وديعة قال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة لو اقرض احد المتفاوضين مالا فاعطاه رجلا ثم اخذ به سفتجة كان ذلك جائزا عليهما ولا يضمن نوى المال او لم ينو وفي قياس قول ابي يوسف ان الذي اقرض واخذ السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في الكفالة ان الكفيل في حكم المقرض فاذا جازت الكفالة عند ابي حنيفة جاز القرض وعند ابي يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع فكذلك القرض وقال لو اجر احد المتفاوضين اذا استاجر ابلا الى مكة بعينها ويحمل عليها متاع بيته فللمواجر ان يطالب ايهما شا لان المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة الا ترى انه لو بدا له ان حمل متاعه يحمل عليها متاع الشركة جاز واذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطالب شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له خاصة كما لو اشترى طعاما لنفسه ان المشترى ايهما شا يطالب الشريك بالثمن كذا هذا ولو اجر احدهما عبدا له ورثه لم يكن لشريكه ان يقبض الاجرة لانها بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث **واما** الشركة بالاعمال فاما العنان منها فلكل واحد منهما ان يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لان كل واحد منهما

بعقد الشركة اذن صاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيلا فكانه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل ان يطالب بالعمل ايهما شا لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما ان يطالب صاحب العمل بكل الاجرة فانه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الاجرة والى ايهما دفع صاحب العمل برئ لانه دفع الى من امر بالدفع اليه وعلى ايهما وجب ضمان العمل وهو ضامن لما في يده كان لصاحب العمل ان يطالب الاخر به استحسانا كذا روى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال اذا جني يد احدهما فالضمان عليهما جميعا ياخذ صاحب العمل ايهما شا بجميع ذلك والقياس ان لا يكون له وجه القياس ظاهر لان هذه شركة عنان لا شركة مفاوضة وحكم الشرع في شركة العنان انما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الاخر وجه الاستحسان ان هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لان العمل الذي يتقبله احدهما يجب على الاخر حتى يستحق الاجر به فاذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان وان لم يكن مفاوضة حقيقة حتى قالوا في الدين اذا اقر احدهما بثمن صابون او اشنان او غيرهما انه لا يصدق على صاحبه اذا كان البيع مستهلكا الا باقراره او بالبينة وكذا اذا اقر احدهما باجر اجير او حانوت بعد مضي مدة الاجارة وان كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تنقض لزمهما جميعا باقراره وان جحده شريكه كما في شركة العنان فدل انه ليس لها حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة وقال ابو يوسف اذا ادعى على احدهما ثوب عندهما فاقر به احدهما وجحد الاخر جاز اقراره على الاخر ويدفع الثوب وياخذ الاجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لانهما ليسا متفاوضين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ اقراره على صاحبه فيما في يد صاحبه كشريكي العنان في المال اذا اقر احدهما بثوب من شركتهما وجحد الاخر انه لا ينفذ اقراره على صاحبه في نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سماعة عن محمد انه اخذ بالقياس في هذه المسالة وقال ينفذ اقراره في النصف الذي في يده ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك ووجهه ما ذكرنا ان الشركة في ايديهما والشركة شركة عنان واحد شريكي العنان اذا اقر بثوب في ايديهما لا ينفذ على صاحبه وانما استحسنا والحقناها بالمفاوضة في حق وجوب الضمان والمطالبة بالاجرة وفي حق وجوب ضمان العمل فبقي الامر فيما وراء ذلك على اصل القياس وجه الاستحسان لابي يوسف انه لما ظهر حكم المفاوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل ووجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل ووجب له المطالبة بكل الاجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل ايضا فينفذ اقراره بمحل العمل على صاحبه وان عمل احدهما دون الاخر بان مرض او سافر او بطل فالاجر بينهما على ما شرطا لان الاجر في هذه الشركة انما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لان العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط اذا استعان برجل على القصارة والخياطة انه يستحق الاجر وان لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وههنا شرطا العمل عليهما فاذا عمل احدهما يصير الشريك القابل عاملا لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الاخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب اذا شرط التفاضل في الضمان بان شرطا لاحدهما ثلثي الكسب وهو الاجر وللاخر الثلث وشرطا العمل عليهما كذلك سوا عمل الذي شرط له الفضل او لم يعمل بعد ان شرطا العمل عليهما لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل انه لو عمل احدهما استحق الاخر الاجر واذا كان استحقاق اصل الاجر باصل

ضمان

ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الاجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكي عن الكرخي انه علل في هذه المسالة فقال المنافع لا تتقوم الا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليها وهذا يشير الى ان الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال هذا لا يصح بدليل انه لو شرط فضل الاجرة لاقلهما عملا بان شرط ثلثا الاجرة جاز فدل ان استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل ولو شرطا التفاضل في الاجرة وجعلاها اثلاثا ولم يبينا العمل الى نصفين فهو جائز لانهما لما شرطا التفاضل في الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك اشتراطا للتفاضل في العمل تصحيحا لتصرفهما عند امكان التصحيح ولو شرطا الكسب اثلاثا وشرطا العمل نصفين لم يجز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والربح لا يستحق الا باحد هذه الاشيا واما الوضيعة فلا يكون بينهما الا على قدر الضمان حتى لو شرطا انهما يتقبلان فثلثاه على احدهما بعينه وثلثه على الاخر والوضيعة بينهما نصفان كانت الوضيعة باطلة والقبالة بينهما على ما شرطا على كل واحد منهما لان الربح اذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضيعة على قدر الضمان ايضا لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضيعة في موضع يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضيعة فيها الا بقدر المال ففي موضع لا يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما اولى ان لا يجوز ان يكون الوضيعة فيه الا على قدر الضمان اولى والله الموفق

واما المفاوضة منها فما لزم احدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطالب به من ثمن صابون او اشنان او اجر اجير او حانوت ويجوز اقرار احد الشريكين بالدين عليه وعلى شريكه وللمقر له ان يطالب به ايهما شا لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالته ولو ادعى على احدهما ثوب في ايديهما فاقر به وجحد صاحبه يصدق على صاحبه وينفذ اقراره والله اعلم واما الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل احدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريكي العنان والمفاوضة في الاموال واما الشركة الفاسدة وهي التي فاتها شرط من شرائط الصحة فلا يفيد شيئا مما ذكرنا ان لاحد الشريكين ان يفعله بالشركة الصحيحة والربح فيها على قدر المالين لانه لا يجوز ان يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فالتحق بالعدم فبقي الاستحقاق بالمال فيتقدر بقدر المال ولا اجر لاحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعي له اجرة فيما عمل لصاحبه وهذا غير سديد لانه استحق الربح بعمله فلا يستحق الاجر والله اعلم

فصل

واما صفة عقد الشركة فهي انه عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ الا ان من شرط جواز الفسخ ان يكون بحضرة صاحبه اي بعلمه حتى لو فسخ بمحضر من صاحبه جاز الفسخ وكذا لو كان صاحبه غائبا وعلم بالفسخ وان كان غائبا ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم ينفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه معاني الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا في الوكالة التي تضمنتها الشركة وعلى هذا الاصل قال الحسن بن زياد اذا شارك احد شريكي العنان رجلا شركة مفاوضة انه ان كان بغير حضرة من شريكه لم يكن مفاوضة وان كان بمحضر منه صحت المفاوضة

لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسخ العنان وهو لا يملك الفسخ عند غيبته ويملك عند حضرته
وهل يشترط ان يكون مال الشركة عينا وقت الشركة لصحة الفسخ وهي ان تكون دراهم
او دنانير ذكر الطحاوي انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ لا يصح الفسخ
ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن اصحابنا في الشركة وفي المضاربة رواية ان رب المال عن التصرف
فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهي دراهم او دنانير يصح النهي لكن له ان يصرف الدراهم
الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لانهما في الثمنية كجنس واحد فكانه لم يشتر بها شيئا وليس له
ان يشتري عروضا وان كان راس المال عروضا فلا يصح نهيه لانه يحتاج الى بيعها ليظهر
الربح فكان الفسخ ابطالا لحقه في التصرف فجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض
مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان راس المال عروضا
ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال الشركة في ايديهما جميعا وولاية التصرف لهما جميعا فيملك كل
واحد منهما نهي صاحبه عينا كان المال او عرضا فاما مال المضاربة ففي يد المضارب وولاية
التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيه بعدما صار المال عرضا

فصل

بيان ما يبطل به عقد الشركة فما يبطل به نوعان احدهما يعم الانواع كلها والثاني يخص البعض
دون البعض **اما** الاول فنوعان ايضا احدهما الفسخ من احد الشريكين لانه عقد
جائز غير لازم فاذا انفسخ عند وجود شرط الفسخ وهو ما ذكرنا ينفسخ والثاني موت احد
الشريكين ايهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك واهلية التصرف بالموت سواء علم صاحبه
بموته او لم يعلم لان كل واحد منهما كان وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلا للوكيل علم به او لم يعلم
لان هذا عزل حكمي فلا يقف على العلم **واما** الذي يخص البعض دون البعض فهلاك المالين
او هلاك احدهما قبل الشرا في الشركة بالاموال من جنسين او من جنس واحد قبل الخلط لان الدراهم
والدنانير يتعينان في الشركات فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل تمام العقد وحصول
المقصود به فيبطل العقد بخلاف ما اذا اشترى بدراهم معينة شيئا ثم هلكت الدراهم
لا ان العقد لا يبطل لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ثم انما لم تتعين الدراهم
والدنانير في المعاوضات وتتعين في الشركات لانهما جعلا ثمنين فلو تعينا في المعاوضات
لانقلبا مثمنين لان الثمن اسم لعين مقابله عوض فلو تعين الدراهم والدنانير في المعاوضة
لكانت عينا مقابلة العوض فكان مثمنا فلا يكون ثمنا وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين وليس
في تعينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع لانه لا يقابلهما عند انعقاد الشركة عليهما عوض
ولهذا يتعينان في الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة انهما لا
يتعينان في هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغيير الحكم الشرعي وهو جعلهما مثمنين لما لا
عوض للحال يقابلهما لان كل واحد من العقدين وقع وسيلة الى الشرا والوسيلة الى الشي
حكمه حكم الشي فجعل حكمهما في حق المنع من تعيين الدراهم والدنانير حكم الشرا فلم يتعينا بالعقد
والاستبدال بل يتعينان بالنقض كما في الشرا بخلاف الشركة فانها وان وقعت وسيلة الى الشرا
لكن لا بد مع هذا من سبب يوجب تعين راس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معينا لراس
المال لانه لا وجه الى ايجاب القبض فيها لتعيين راس المال لان العمل فيها مشروط
من الشريكين وكون العمل مشروطا من رب المال يوجب ان يكون راس المال في يده ليمكنه
العمل وكون عمل الاخر مشروطا يوجب التسليم اليه ليمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض

ولابد

ولا بد من سبب يوجب تعيين ما تعلق به العقد وليس ورا القبض الا العقد فاذا لم يمكن
ايجاب القبض جعل العقد موجبا تعينها وان كان وسيلة الى الشرا لكن هذه الضرورة اوجبت
استبداده بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له فاما في الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب
المال ليس بمشروط بل لو شرط ذلك لاوجب فسادها فامكن جعل القبض سببا للتعيين فلا
حاجة الى جعل العقد سببا فلم يوجب العقد التعيين الحاقا له بالشرا ثم اذا هلك احد المالين
قبل الشرا يهلك من مال صاحبه لان الهالك مال احدهما بعينه وانه امانة في يد صاحبه
فهلك على صاحبه بخلاف ما اذا كان راسا المالين من جنس واحد وخلطا ثم هلكا انه يهلك
مشتركا لانا لا نستيقن ان الهالك ملك احدهما والله الموفق **ومنها** فوات المساواة
بين راسي المال في شركة المفاوضة بالمال بعد وجودها في ابتدا العقد لان وجود
المساواة بين المالين كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة ابتدا فهو شرط بقائها **وعلى**
هذا يخرج ما اذا تفاوضا والمال مستوي ثم ورث احدهما مالا تصح فيه الشركة من الدراهم
والدنانير وصار ذلك في يده انه تبطل المفاوضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد
وان ورث عروضا لا يبطل وكذا لو ورث ديونا لا يبطل ما لم يقبض المديون لانها قبل القبض
لا تصلح راس مال الشركة وكذا اذا زاد احد المالين على الاخر قبل الشرا بان كان احدهما دراهم
والاخر دنانير فازدادت قيمة احدهما قبل الشرا بطلت المفاوضة لما قلنا لان عقد
الشركة تتوقف تمامه على الشرا فكان الموجود قبل الشرا كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان
تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع
من الانعقاد فاذا طرا عليه يبطله قال محمد رحمه الله وكذلك لو اشترى باحد المالين
ثم ازداد الاخر لان الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال فصار كان الزيادة كانت وقت العقد
وان زاد المال المشترى اي قيمته كانت المفاوضة بحالها لان تلك الزيادة تحدث على ملكهما
لانها ربح في المال المشترى فلا يفضل احدهما على الاخر قال محمد رحمه الله القياس اذا اشترى
باحد المالين قبل صاحبه ان تنتقض المفاوضة لان الالف التي لم تشتر بها بقيت على ملك
صاحبها ونصف ما اشتراه الاخر فزاد ماله اكثر فينبغي ان تبطل المفاوضة الا انهم استحسنوا
وقالوا لا تبطل لان الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن دينا فلم يفضل المال فلا تبطل
المفاوضة والله اعلم بالصواب

كتاب المضاربة

يحتاج في هذا الكتاب
الى معرفة جواز هذا العقد والى معرفة ركنه والى معرفة شرايط الركن والى معرفة حكمه
والى معرفة صفة العقد والى معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه اذا بطل والى بيان حكم اختلاف
رب المال والمضارب **اما الاول** فالقياس ان لا يجوز لانه استيجار باجر مجهول بل باجر معدوم
ولعمل مجهول لكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واخرون
يضربون في الارض يبتغون من فضل الله والمضارب يضرب في الارض يبتغي من فضل الله وقوله
تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقوله ليس عليكم جناح
ان تبتغوا فضلا من ربكم **واما روي** فما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان العباس
بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا
ولا يشتري به ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم
فاجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر
عليهم

السنة

وذلك تقرير على ذلك والتقرير احد وجوه السنة **واما** الاجماع فانه روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم انهم دفعوا المال اليهم مضاربة فيهم عمر وعثمن وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمر وعايشة ولم ينقل انه انكر عليهم من اقرانهم احد ومثله يكون اجماعا وروي ان عبد الله وعبيد الله ابنا عمر رضي الله عنهم قدما العراق وابو موسى الاشعري كان اميرها فقال لهما لو كان عندي فضل لاكرمتكما ولكن عندي مال لبيت المال ادفعه اليكما فابتاعا به متاعا واحملاه الى المدينة وبيعاه وادفعا ثمنه الى امير المومنين فلما قدما المدينة قال لهما عمر رضي الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلا ربحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس له ذلك لو هلك منا لضمناه فقال بعض الصحابة يا امير المومنين اجعلهما كالمضاربين في المال لهما النصف ولبيت المال النصف فرضي بذلك عمر رضي الله عنهم وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا في ساير الاعصار من غير انكار من احد واجماع اهل كل عصر حجة يترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز ايضا وهو ان الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لان الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدي الى التجارة وقد يهتدي الى التجارة لكنه لا مال له فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوايجهم **فصل** واما ركن العقد فالايجاب والقبول وذلك بالفاظ تدل عليه فالايجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يودي معاني هذه الالفاظ بان يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على ان ما رزق الله تعالى او اطعم الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف او ثلث او ربع او غير ذلك من الاجزاء المعلومة **وكذا** اذا قال مقارضة او معاملة ويقول المضارب اخذت او رضيت او قبلت او نحو ذلك فيتم الركن بينهما **اما** لفظ المضاربة فصريح ماخوذ من الضرب في الارض وهو السير فسمي هذا العقد لان المضارب يسير في الارض ويسعى فيها لابتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صريح في عرف اهل المدينة لانهم يسمون المضاربة كما يسمون الاجارة بيعا ولان المقارضة ماخوذة من القرض وهو القطع سميت المضاربة مقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن راس المال ويجعله في يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشرا وهذا معنى هذا العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله تعالى من شي فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جايز لانه اتى بلفظ يودي معنى هذا العقد والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الالفاظ حتى ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا وذكر في الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا مضاربة استحسانا والقياس ان لا يكون مضاربة وجه القياس انه ذكر الشرا ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضاربة الا بالشرا والبيع فكان ذكر الابتياع ذكرا للبيع والشرا وهذا معنى المضاربة **ولو قال** خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضاربة استحسانا والقياس ان لا يكون لانه لم يذكر الشرا والبيع فلا يتحقق معنى المضاربة وجه الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملا يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل في الماخوذ وهو الشرا والبيع فيصير ذكره ذكرا للشرا والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به هرويا بالنصف او رقيقا بالنصف ولم يزد على هذا شيا فاشترى كما امره فهذا فاسد وللمشتري اجر مثل عمله فيما اشترى وليس له ان يبيع ما اشترى الا بامر رب المال لانه ذكر الشرا ولم يذكر البيع

ولاذكر

ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع ليحمل على المضاربة فحمل على الاستيجار على الشرا باجر مجهول وذلك فاسد فاذا اشترى كما امر فالمستاجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق اجر مثل عمله وليس له ان يبيع ما اشترى من غير اذن الامر لانه امره بالشرا لا بالبيع فكان المشترى له فلا يجوز بيعه من غير اذنه فان باع منه شيا لا ينفذ بيعه من غير اجازة رب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر على عينه لانه صار متلفا مال الغير بغير اذنه وان اجاز رب المال البيع والمتاع قايم جاز والثمن لرب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا اجاز فقد زال المانع وكذلك ان كان لا يدري حاله انه قايم او هالك فاجاز لان الاصل هو بقا المبيع حتى يعلم هلاكه وانما شرط قيام المبيع لانه شرط صحة الاجازة لما عرف ان ما لا يكون محلا لانشا العقد عليه لا يكون محلا لاجازة العقد فيه وان علم انه هالك فالاجازة باطلة لما ذكرنا وروي بشر عن ابي يوسف في رجل دفع الى رجل الف درهم ليشتري بها ويبيع فما ربح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشرا والبيع فقد اتى بمعنى المضاربة وكذلك لو شرط عليه ان الوضيعة علي وعليك فهذه مضاربة والربح بينهما والوضيعة على رب المال لان شرط الوضيعة على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى علي بن الجعد عن ابي يوسف لو ان رجلا دفع الى رجل الف درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرضا ولا شركة وقال ما ربحت فيها فبيننا فهذه مضاربة لان الربح لا يحصل الا بالشرا والبيع فكان ذكر الربح ذكرا للشرا والبيع وهذا معنى المضاربة **ولو قال** خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح او ثلثه ولم يزد على هذا فالمضاربة جايزة قياسا واستحسانا وللمضارب ما شرط وما بقي فلرب المال والاصل في جنس هذه المسايل ان رب المال انما يستحق الربح لانه نما ماله لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالعقد **واذا عرف** هذا فنقول في هذه المسيلة اذا سمي للمضارب جزوا معلوما من الربح فقد وجد في حقه ما يفتقر الى استحقاقه الربح فيستحقه والباقي يستحقه رب المال بماله **ولو قال** خذ هذا المال مضاربة على ان لي نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس ان تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعي ولكنها جايزة استحسانا ويكون للمضارب النصف وجه القياس ان رب المال لم يجعل للمضارب شيا معلوما من الربح وانما سمى لنفسه النصف فقط وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة اليها فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وانما الحاجة الى التسمية في حق المضارب ولم يوجد فلم تصح المضاربة **وجه الاستحسان** ان المضاربة تقتضي الشركة في الربح فكانت تسميته احد النصفين لنفسه تسمية الباقي للمضارب كانه قال خذ هذا المال مضاربة على ان لك النصف كما في ميراث الابوين في قوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث لما كان ميراث لابويه وقد جعل الله تعالى للام منه الثلث كان ذلك جعلا للاب الثلثين كذا هاهنا **ولو قال** على ان لي نصف الربح ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقي لرب المال لان استحقاق المضارب الربح بالشرط واستحقاق رب المال لكونه من نماء ماله فاذا سلم المشروط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقي لرب المال بكونه من نماء ماله **ولو قال** رب المال على ان ما رزق الله تعالى فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة تسمية

والقسمة تقتضي المساواة اذا لم يتبين فيها مقدار معلوم قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة
بينهم وقد فهم منها التساوي في الشرب قال الله تعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم
هذا اذا شرط جزءا من الربح في عقد المضاربة لاحدهما اما المضارب واما رب المال وسكت
عن الاخر فاما اذا شرط لهما ولغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث
لثالث سواهما فان كان الثالث اجنبيا او كان ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح
بينهم اثلاثا وان لم يشترط عليه العمل لم يجز وما شرط له يكون لرب المال لان الربح لا يستحق في
المضاربة من غير عمل ولا مال فكان المشروط له كالمسكوت عنه وان كان الثالث عبد المضارب
فان كان عليه دين فكذلك عند ابي حنيفة ان شرط عمله لان المضارب لا يملك كسبه عنده
فكان كالاجنبي وان لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال لما ذكرنا في الاجنبي وعند ابي يوسف
ومحمد المشروط له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم يكن عليه دين وان
كان الثالث عبد لرب المال فهو على هذا التفصيل ايضا ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو
كالاجنبي عند ابي حنيفة لان المولى لا يملك اكسابه وان لم يشترط عمله فما شرط فهو لرب المال
لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل او لم يعمل لان المولى يملك كسبه سوا كان عليه
دين او لم يكن فان لم يكن على العبد دين ففي عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب
المال لانه اذا لم يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشروط له مشروطا للمولى فصار
كانه شرط للمضارب الثلثين وفي عبد رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال
لان المشروط له يكون مشروطا لمولاه اذا لم يكن عليه دين فصار كان رب المال شرط لنفسه
الثلثين وعلى هذا اما لو شرط ثلث الربح الى العاقدين وهما رب المال والمضارب يرجع الى راس
المال وبعضها يرجع الى الربح اما الذي يرجع الى العاقدين فاهلية التوكيل والوكالة لان
المضارب يتصرف بامر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكرنا شرائط اهلية التوكيل
والوكالة في كتاب الوكالة ولا يشترط اسلامهما لجواز المضاربة فتصح المضاربة بين اهل الذمة
وبين المسلم والذمي والحربي المستامن حتى لو دخل حربي دار الاسلام بامان فدفع ماله الى
مسلم مضاربة او دفع اليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لان المستامن في دارنا بمنزلة الذمي
والمضاربة مع الذمي مضاربة جائزة فكذا مع الحربي المستامن فان كان المضارب هو المسلم فدخل
دار الحرب بامان فعمل بالمال فهو جائز لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف
الدارين وصار كانهما في دار واحدة وان كان المضارب هو الحربي فرجع الى دار الحرب
فان كان بغير اذن رب المال فعمل بالمال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جائز ويكون
على المضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرطا ان رجع الى دار الاسلام مسلما او معاهدا او بامان
استحسانا والقياس ان يبطل المضاربة وجه القياس انه لما عاد الى دار الحرب بطل امانه
وعاد الى حكم الحرب كما كان فبطل امر رب المال عند اختلاف الدارين واذا [illegible] فيه فقد تملكه
بالتصرف فملك ما تصرف فيه وجه الاستحسان انه لما دخل بامر رب المال صار كان رب المال
معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة كذا اذا دخل بامره بخلاف ما اذا
دخل بغير امره لانه لما لم ياذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار متملكا لنفسه
فملك ما تصرف فيه وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب بامان فدفع اليه حربي مالا
مضاربة بربح مائة درهم ان هذا على قياس قول ابي حنيفة ومحمد جائز فان اشترط المضارب

على هذا

على هذا او ربح او وضع فالوضيعة على رب المال والربح على ما اشترط ويستوفي المضارب
مائة درهم والباقي لرب المال وان لم يكن في المال من الربح الا مائة فهي كلها للمضارب وان
كان اقل من مائة فذلك للمضارب ايضا ولا شيء للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط
المائة الدرهم الا من الربح فاما في قول ابي يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب اجر مثله
وهذا فرع اختلافهم في جواز الربوا في دار الحرب واما الذي يرجع الى راس المال فمنها
ان يكون راس المال من الدراهم والدنانير عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض وعند
مالك هذا ليس بشرط وتجوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا في كتاب
الشركة ان الربح على ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض تتعين عند الشرا بها والمعين
غير مضمون حتى لو هلك قبل التسليم لا شيء على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن وقد نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وما لا يتعين يكون مضمونا عند الشرا به حتى لو
هلكت العين قبل التسليم فعلى المشتري به مثله من الربح فكان الربح على ما في مثله فيكون ربح المضمون
ولان المضاربة بالعروض تؤدي الى جهالة الربح وقت القسمة لان قيمة العروض تعرف بالحزر
والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تفضي الى المنازعة والمنازعة تفضي الى الفساد
وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضا فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم
او دنانير وتصرف فيها جاز لانه لم يضف المضاربة الى العروض بل الى الثمن والثمن تصح به
المضاربة فان باعها بمكيل او موزون جاز البيع عند ابي حنيفة بناء على اصله في الوكيل بالبيع
مطلقا انه يبيع بالاثمان وغيرها الا ان المضاربة فاسدة لانها صارت مضافة الى ما لا
تصح المضاربة به وهو الحنطة والشعير واما على اصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع
مطلقا لا يملك البيع بغير الاثمان ولا تفسد المضاربة لانها لم تصر مضافة الى ما لا يصلح راس
مال المضاربة واما تبر الذهب والفضة فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض
وجعله في كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدنانير والامر فيه موكول الى التعامل فان كان
الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة وان كانوا لا يتعاملون
به فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به واما الزيوف والنبهرجة فتجوز المضاربة بها ذكره
محمد لانها لا تتعين بالعقد كالجياد فاما الستوقة فان كانت لا تروج فهي كالعروض
وان كانت تروج فهي كالفلوس واما الفلوس ابن سماعة عن ابي يوسف في الدراهم البخارية
انه لا تجوز المضاربة بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو اجزت المضاربة
بها اجزتها بالطعام بمكة لانهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس واما الفلوس
فقد ذكرنا الكلام فيها في كتاب الشركة والحاصل ان في جواز المضاربة بها روايتين عن ابي
حنيفة ذكر محمد في المضاربة الكبير وفي الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم
والدنانير عند ابي حنيفة وروى الحسن عن ابي حنيفة انها تجوز والصحيح من مذهب ابي يوسف
انها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على ان الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت اثمانا كالدراهم
والدنانير وعند ابي حنيفة وابي يوسف تتعين فكانت كالعروض والله اعلم ومنها ان
تكون معلوما فان كان مجهولا لا تصح المضاربة لان جهالة راس المال تؤدي الى جهالة
الربح وكون الربح معلوما شرط صحة المضاربة ومنها ان تكون راس المال المضاربة
عينا لا دينا فان كان دينا فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما اذا كان لرب المال على رجل

دين فقال له اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف ان المضاربة فاسدة بلا خلاف
فان اشترى هذا المضارب وباع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحاله عند ابي
حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بناء على ان
من وكل رجلا ليشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند ابي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرا عما في
ذمته عنده واذا لم يصح الامر بالشرا بما في ذمته لم تصح اضافة المضاربة الى ما في الذمة وعندهما
تصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة لان الشرا يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة
بالعروض لانه يصير في التقدير كانه وكله بشرا العرض ثم دفعه اليه مضاربة فتصير مضاربة
بالعروض فلا تصح ولو قال لرجل اقبض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز لان
المضاربة ههنا اضيفت الى المقبوض فكان راس المال عينا لا دينا ولو اضاف المضاربة
الى عين هي امانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير بان قال للمودع او المستبضع
اعمله بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان اضافها الى مضمونة كالدراهم
والدنانير المغصوبة فقال للغاصب اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند
ابي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز وجه قوله ان المضاربة تقتضي كون
المال امانة في يد المضارب والمغصوب مضمون في يده فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح
ولابي يوسف ان ما في يده مضمون الى ان ياخذ في العمل فاذا اخذ في العمل وهو الشرا بقي
امانة في يده فيتحقق معنى المضاربة فيصح وسواء كان راس المال مفرزا او مشاعا بان
دفع مالا الى رجل بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة مشاعا في المال فالمضاربة
جايزة لان الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضارب يتمكن من التصرف في المشاع
وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فاذا لم تمنع البقا لا تمنع الابتدا وعلى هذا يخرج ما اذا
دفع الى رجل الف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة ان ذلك جايز اما
جواز المضاربة فلما قلنا واما جواز القرض في المشاع وان كان القرض تبرعا والشياع
يمنع من صحة التبرع كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق وان كان في الحال تبرعا لانه
لا يقابله عوض للحال فهو تمليك المال بعوض في الثاني الا ترى ان الواجب فيه رد المثل
لا رد العين فلم يكن تبرعا من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة فانها تبرع محض
فعمل الشيوع فيها واذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب لانه ربح ملكه
وهو القرض ووضيعته عليه والنصف الاخر بينه وبين رب المال على ما شرطا لانه ربح
مستفاد بمال المضاربة ووضيعته على رب المال ولا يجوز قسمة احدهما دون صاحبه
لانه مال مشترك بينهما فلا ينفرد احد الشريكين بقسمته قالوا ولو كان قال له خذ هذه
الالف على ان نصفها عليك قرض على ان تعمل بالنصف الاخر مضاربة على ان الربح لي فهذا
مكروه لانه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن قرض جر نفعا فان عمل على هذا وربح او وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضيعة
اما الربح فلان المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الاخر
بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال واما الوضيعة فلانها جزء هالك من المال والمال
مشترك فكانت الوضيعة على قدره ولو قال خذ هذه الالف نصفها مضاربة بالنصف
ونصفها هبة فقبضها المضارب على ذلك غير مقسوم فالهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل

العسمة

القسمة فان عمل في المال فربح كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة ونصف الربح بينهما
على ما شرطا والوضيعة عليهما اما نصف الربح للمضارب حصة الهبة فلانه يثبت الملك
له فيه اذا قبض بعقد فاسد فكان ربحه له واما النصف الاخر فانما يكون ربحه
بينهما على الشرط لانه استفيد بمال المضاربة مضاربة صحيحة واما كون الوضيعة عليهما
فلانه جزو هالك من المال والمال مشترك فان هلك المال في يد المضارب قبل ان يعمل او بعد
ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لانه مقبوض بعقد فاسد فكان مضمونا عليه
كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة فقبضه المضارب
على ذلك فهو جايز والمال على ما سميا في المضاربة والبضاعة والوضيعة على رب المال
ونصف الربح لرب المال ونصفه على ما شرطا لان البضاعة لا تمنع من العمل في المال مضاربة
وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة وانما كانت الوضيعة على رب المال لانه لا ضمان
على المبضع والمضارب في البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة من الربح لرب المال خاصة
لان المبضع لا يستحق الربح وحصة المضاربة بينهما على ما شرطا لانه ربح حصل من مال المضاربة
والمضاربة قد صحت فيكون بينهما على الشرط ولو دفع اليه على ان نصفها وديعة في يد المضارب
ونصفها مضاربة بالنصف فذلك جايز والمال في يد المضارب على ما سميا لان كل واحد منهما
اعني الوديعة والمضاربة امانة فلا يتنافيان فكان نصف المال في يد المضارب وديعة
ونصفه مضاربة الا ان التصرف لا يجوز الا بعد القسمة لان كل جزو من المال بعضه وديعة
وبعضه مضاربة والتصرف في الوديعة لا يجوز فان قسم المضارب رب المال نصفين ثم عمل
باحد النصفين على المضاربة فربح او وضع فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفان ونصف
الربح للمضارب ونصفه على ما اشترطا لان قسمة المضارب بمال لم تصح لان المالك لم ياذن له
فيها فاذا افرز بعضه فقد تصرف في مال الوديعة وفي مال المضاربة فما كان في مال
الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان في حصة المضاربة فهو على الشرط ومن
هذا الجنس ما اذا دفع الى رجل متاعا فباع نصفه من المدفوع اليه بخمسماية ثم امره ان يبيع
النصف الثاني ويعمل بالثمن كله مضاربة على ان ما رزق الله تعالى من شي فهو بينهما نصفان
فباع المضارب نصف المتاع بخمسماية ثم عمل بها وبالخمسماية التي عليه فربح في ذلك او وضع
فالوضيعة عليهما نصفان والربح بينهما نصفان في قياس قول ابي حنيفة لان هذا مذهبه
ان من كان له على رجل دين فامره ان يشتري له بذلك شيا لا يصح والمشترى يكون للمامور لا للامر
ويكون الدين على المامور على حاله واذا كان كذلك فما ههنا امره ان يعمل بالدين وبنقد ثمن المتاع
فالربح في حصة الدين فهو للمدفوع اليه لانه تصرف في ملك نفسه فيكون ربحه له وما ربح
في نصيب الدافع فهو للدافع والوضيعة عليهما لان المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما
واما في قياس قول ابي يوسف ومحمد فما ربح في الخمسماية التي امره ان يبيع نصف
المتاع بها فهو نصفان على ما اشترطا وما ربح في النصف الذي عليه من الدين يكون لرب المال
لان من اصلهما ان الامر بالشرا بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لانه اذا اشترى
صار عروضا والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة ههنا جايزة في النصف
فاسدة في النصف فالربح في الصحيح يكون بينهما على الشرط وفي الفاسد يكون لرب المال
ولو شرط الدافع لنفسه الثلث وللمضارب الثلثين والمسلة بحالها فان في قول ابي حنيفة

(هامش: اي من كان له على رجل دين فامره ان يشتري له بذلك شيا لا يصح والمشتري يكون للمامور)

ثلثا الربح للمضارب على ما اشترطا نصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من
نصيب الدافع كانه قال اعمل في نصيبك على ان الربح لك واعمل في نصيبي على ان لك ثلثا الربح
من نصيبي واما على قياس قولهما فقد دفع اليه نصفه مضاربة جايزة ونصفه مضاربة فاسدة
فما ربح في النصف الذي كان دينا فهو لرب المال لانه مضاربة فاسدة وما ربح في النصف الذي
هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرطا فصار لرب المال ثلثا الربح وللمضارب الثلث ولو كان
شرط لرب المال ثلثي الربح وللمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان في قول ابي حنيفة لان رب
المال شرط النصف من نصيبه لنفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة من
عمل ولا راس مال باطل فيكون الربح على قدر المال وفي قياس قولهما نصف الربح لرب المال
خاصة لان المضاربة فيه فاسدة وللمضارب ثلث ربح النصف الاخر والله اعلم ومنها تسليم
راس المال الى المضارب لانه امانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة ولا تصح مع
بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال
فسدت المضاربة لما قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فانه لا يصح مع بقاء يد رب المال
على ماله والفرق ان المضاربة انعقدت على راس مال من احد الجانبين وعلى العمل من الجانب
الاخر فلا يتحقق العمل الا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطا موافقا مقتضى العقد
بخلاف الشركة لانها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن المال تناقض
مقتضى العقد وكذا لو شرط في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سوا عمل رب المال
معه او لم يعمل لان شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وانه شرط فاسد وان سلم راس المال
الى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به في العمل او دفع المال اليه بضاعة جاز لان الاستعانة
به لا توجب خروج المال عن يده وسوا كان المالك عاقدا او غير عاقد لا بد من زوال يد
رب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى ان الاب او الوصي اذا دفع مال الصبي مضاربة
وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة لان يد الصغير باقية لبقاء ملكه فيمنع التسليم وكذلك احد
شريكي المفاوضة او العنان اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان لشريكه
فيه ملكا فيمنع التسليم فاما العاقد اذا لم يكن مالكا للمال فشرط ان يتصرف في المال مع المضارب
فان كان ممن يجوز ان ياخذ مال المالك مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا
مال الصغير مضاربة وشرطا ان يعملا مع المضارب بجزء من الربح لانهما لو اخذا مال الصغير
مضاربة بانفسهما جاز فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب وصار كالاجنبي وان كان العاقد
ممن لا يجوز ان ياخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كالماذون اذا دفع مالا مضاربة
وشرط عمله مع المضارب لان الماذون وان لم يكن مالكا رقبة المال فيد التصرف ثابتة له عليه
فتنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا من التسليم والقبض فيمنع
صحة المضاربة وان شرط الماذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة
لان المولى هو المالك للمال حقيقة فاذا حصل في يده فقد وجد يد المالك فيمنع التسليم
فان كان عليه دين فالمضاربة جايزة في قول ابي حنيفة لان المولى لا يملك يد المالك فصار
كالاجنبي فاما المكاتب اذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة لان المولى لا يملك اكساب
مكاتبه وهو فيها كالاجنبي ولو دفع الى انسان مالا مضاربة وامره ان يعمل برايه ودفعه
المضارب الاول الى اخر مضاربة على ان يعمل المضارب معه او يعمل معه رب المال فالمضاربة

فاسدة

فاسدة لان اليد للمضارب والملك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم وقد قالوا في المضارب
اذا دفع المال الى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولى
على حالها جايزة والربح بين رب المال وبين المضارب على ما شرطا في المضاربة الاولى ولا اجر
لرب المال اما فساد المضاربة الثانية فلان يد رب المال يد ملك ويد الملك مع يد المضاربة
لا يجتمعان فلا تنعقد المضاربة الثانية وتبقى المضاربة الاولى على حالها ولم يذكر القدوري في شرح
مختصر الكرخي خلافا وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا مذهب اصحابنا الثلاثة
وعند زفر تنفسخ المضاربة الاولى بدفع المال الى رب المال والرد عليه وجه قوله ان زوال
يد رب المال شرط صحة المضاربة فكان اعادة يده اليه مفسدة لها ولنا ان رب المال يصير
معينا للمضارب والاعانة لا توجب اخراج المال عن يده فيبقى العقد الاول ولا اجر لرب
المال لانه عمل في ملك نفسه فلا يستحق الاجر واما الذي يرجع الى الربح فمنها اعلام مقدار الربح
لان المعقود عليه هو الربح وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع اليه الفا دورهم على
انهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لان الشركة تقتضي
المساواة قال الله تعالى فهم شركا في الثلث ولو قال على ان للمضارب شركا في الربح جاز ذلك
في قول ابي يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة وجه قول محمد ان الشرك
هو النصيب قال الله تعالى ام لهم شرك في السموات اي نصيب وقال تعالى وما لهم فيهما من شرك اي
نصيب فقد جعل له نصيبا من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا وجه قول ابي يوسف ان
الشرك يذكر بمعنى الشركة يقال شركته في هذا الامر شركة وشركا ويذكر بمعنى النصيب
ايضا لكن في الحمل على الشركة تصحيح العقد فيحمل عليه تصحيحا له ومنها ان يكون المشروط
من الربح جزءا شايعا نصفا او ثلثا او ربعا فان شرطا عددا مقدارا بان شرطا ان يكون لاحدهما
مائة درهم من الربح او اقل او اكثر والباقي للاخر لا يجوز والمضاربة فاسدة لان المضاربة
نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا شرط يوجب قطع الشركة لجواز ان لا يربح المضارب
الا القدر المذكور فيكون ذلك لاحدهما دون الاخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة
وكذلك ان شرطا ان يكون لاحدهما النصف او الثلث ومائة درهم او قالا الا مائة فانه
لا يجوز لما ذكرنا انه شرط يقطع الشركة في الربح لانه اذا شرط لاحدهما النصف ومائة فمن
الجايز ان يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمشروط له واذا شرط له النصف الا مائة فمن الجايز
ان يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شيء من الربح ولو شرط في العقد ان تكون الوضيعة عليهما
بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل في الشرط الفاسد اذا دخل في هذا العقد انه ينظر ان كان
يؤدي الى جهالة الربح يوجب فساد العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه
توجب فساد العقد وان كان لا يؤدي الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة
وشرط الوضيعة عليهما شرط فاسد لان الوضيعة جزء هالك من المال فلا يكون الا على رب
المال الا انه لا يؤدي الى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد ولانه هذا
عقد تتوقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزايد الذي لا يرجع الى المعقود عليه كالهبة
ولانها وكالة والشروط الفاسدة لا تعمل في الوكالة وذكر محمد رحمه الله في المضاربة اذا قال رب
المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة صحت المضاربة
في الثلث وبطل الشرط وذكر في المزارعة اذا دفع اليه ارضه بثلث الخارج وجعل له عشرة

دراهم في كل شهر فالمزارعة باطلة من اصحابنا من قال في المسلة روايتان رواية كتاب
المزارعة تقتضي فساد المضاربة لان الشرط للمضارب من الشاهرة معقود عليه وقد
قطع عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفي رواية كتاب المضاربة تقتضي ان تصح المضاربة
لانه عقد على ربح معلوم ثم الحق به شرطا فاسدا فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو
الفرق بين المسلتين لان معنى الاجارة في المزارعة اظهر منه في المضاربة بدليل انها لا تصح الا بمدة
معلومة والمضاربة لا تفتقر في صحتها الى ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز ان يوثر في المزارعة
ولا يوثر في المضاربة وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع الفا مضاربة على ان الربح بينهما نصفين
على ان يدفع اليه رب المال ارضه ليزرعها سنة او داره ليسكنها فالشرط باطل والمضاربة صحيحة
لانه الحق بها شرطا فاسدا لا يقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه ان يدفع
ارضه ليزرعها رب المال سنة او يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه
جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن اجرة الدار والارض فصارت حصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح
العقد وروى المعلى عن ابي يوسف في رجل دفع مالا الى رجل مضاربة على ان يبيع في دار رب المال
او على ان يبيع في دار المضارب كان جايزا لكن ان شرط ان يسكن دار رب المال دار المضارب
فهذا لا يجوز لانه اذا اشترط البيع في احدى الدارين فانما اختص البيع بمكان دون مكان
ولم يعقد على منافع الدار واذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة اجرة له
واطلق ابو يوسف انه لا يجوز ولم يذكر انه لا يجوز الشرط او لا تجوز المضاربة وذكر القدوري
انه ينبغي ان يكون الفساد في الشرط لا في المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض
عند اصحابنا وعند الشافعي هو مضاربة فاسدة وله اجر مثله اذا عمل وجه قوله ان
المضاربة عقد شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطا فاسدا ولنا انه اذا لم يمكن
تصحيحها مضاربة تصح قرضا لانه اتى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها وعلى هذا
اذا اشترط جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عند نا لوجود معنى الابضاع والله اعلم

فصل واما حكم المضاربة فالمضاربة لا تخلو اما ان يكون صحيحة او فاسدة ولكل واحدة
منهما احكام اما احكام المضاربة الصحيحة فكثيرة بعضها يرجع الى حال المضارب في عقد
المضاربة وبعضها يرجع الى عمل المضارب ورب المال مما لكل واحد منهما ان يعمله وما ليس له
ان يعمله وبعضها يرجع الى ما يستحقه بالعمل اما الذي يرجع الى حال المضارب فهو ان راس المال
قبل ان يشتري المضارب به شيا امانة في يد المضارب بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك
لا على وجه البدل والوثيقة فاذا اشترى به شيا صار بمنزلة الوكيل بالشرا والبيع لانه تصرف
في مال الغير بامره وهو معنى الوكيل فيكون شراوه على المعروف وهو ان يكون بمثل قيمته
او بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشرا او بيعه على الاختلاف المعروف في الوكيل بالبيع
مطلقا ولو اشترى شرا فاسدا ملكه اذا قبض لا يكون مخالفا ويكون المشترى على المضاربة
وكذا اذا باع شيا من مال المضاربة بيعا فاسدا لا يصير مخالفا ولا ضمين لان المضاربة
توكيل والوكيل بالشرا والبيع مطلقا يملك الصحيح والفاسد فلا يصير مخالفا فاذا ظهر في
المال ربح صار شريكا فيه بقدر حصته من الربح لانه ملك جزوا من المال المشترك بعمله والباقي
لرب المال لانه نما ماله فاذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الاجير لرب المال واذا خالف
شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضمونا عليه ويكون ربح بعد ما صار مضمونا

عليه

عليه كله لان الخراج بالضمان لكن لا يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
يطيب له وهو على الاختلاف في الغاصب والمودع اذا تصرفا في المغصوب والوديعة وربحا
ولو اراد رب المال ان يجعل المال مضمونا على المضارب فالحيلة في ذلك ان يقرض المال من المضارب
ويشهد على ذلك ويسلمه اليه ثم ياخذ منه مضاربة بالنصف او بالثلث ثم يدفع الى المستقرض
فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض عليه واذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما
على الشرط وحيلة اخرى ان يقرض رب المال جميع المال من المضارب الا درهما واحدا ويسلمه اليه
ويشهد على ذلك ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على ان يكون راس مال المقرض درهما وراس
مال المستقرض جميع ما استقرض على ان يعملا جميعا وشرطا على ان يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل
المستقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده كان القرض عليه على حاله ولو ربح كان الربح بينهما
على الشرط واما الذي يرجع الى عمل المضارب مما له ان يعمله بعقد المضاربة وما ليس له ان يعمله
فجملة الكلام فيه ان المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة ان يدفع المال مضاربة
من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة
العمل ومن يعامله والمقيدة ان يعين شيا من ذلك وتصرف المضارب في كل واحد من
النوعين ينقسم اربعة اقسام قسم منه ما للمضارب ان يعمله من غير الحاجة الى التنصيص
عليه ولا الى القول اعمل فيه برايك وقسم منه ما ليس له ان يعمله وان قيل له اعمل فيه برايك
الا بالتنصيص وقسم منه ما اذا قيل له اعمل فيه برايك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له
ان يعمله راسا وان نص عليه اما القسم الذي للمضارب ان يعمله من غير التنصيص عليه
والقول فيه اعمل برايك ان المضاربة المطلقة عن الشرط والمعتبر به هي ما اذا قال
له خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله تعالى من ربح فهو بيننا على كذا او قال خذ هذا المال
مضاربة على كذا فله ان يشتري به ويبيع لانه امره بعمل هو سبب لحصول الربح وهو الشرا
والبيع وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشرا والبيع الا ان شراه
يقع على المعروف وهو ان يكون بمثل قيمة المشترى او باقل من ذلك مما لا يتغابن الناس في مثله
لانه وكيل وشرا الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشتريا لنفسه
لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشرا واما بيعه فعلى الاختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه في الوكيل
بمطلق البيع انه يملكه البيع نقدا او نسيئة وبغبن فاحش في قول ابي حنيفة فالمضارب اولى لان
المضاربة اعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس في مثله وهي من
مسايل كتاب الوكالة وله ان يشتري بما بدا له من ساير انواع التجارات وساير الامكنة مع ساير الناس
لاطلاق العقد وله ان يدفع المال بضاعة لان الابضاع من عادة التجار ولان المقصود من هذا
العقد هو الربح والابضاع طريق الى ذلك ولانه يملك الاستيجار فالابضاع اولى لان الاستيجار
استعمال في المال بعوض والابضاع استعمال بغير عوض فكان اولى وله ان يودع لان الايداع من عادة
التجار ومن ضرورات التجارة وله ان يستاجر من يعمل في المال لانه من عادة التجار ومن ضرورات
التجارة ايضا لان الانسان قد لا يمكنه جميع الاعمال بنفسه فيحتاج الى الاجير وله ان يستاجر
البيوت ليجعل المال فيها لانه لا يقدر على حفظ المال به وله ان يستاجر السفن والدواب للحمل لان
النقل من مكان الى مكان طريق الوصول الى المقصود وهو الربح فكان سبيل منه كالشريك ولان
المضاربة اعم من الوكالة ويجوز ان يستفاد بالشيء ما هو دونه بخلاف الوكالة المفردة ان الوكيل

لا يملك ان يوكل غيره بمطلق الوكالة الا اذا قيل له اعمل برايك لان المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع في ملكه وكذا الوكالة الثابتة مثل الاولي والشي لا يستتبع مثله **وكل** ما كان للمضارب ان يعمله بنفسه فله ان يوكل به غيره وكيلا لا يجوز ان يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته علي رب المال لانه لما لم يمكن ان يعمل بنفسه فتوكيله اولي **وله** ان يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وان يرتهن بدين له منها علي رجل لان الرهن بالدين والارتهان من باب الايفا والاستيفا وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان **وليس للمضارب** ان يرهن بعد نهي رب المال له عن العمل ولا بعد موته لان المضاربة تبطل بالنهي والموت الا في تصرف ينض به راس المال علي ما نذكره والرهن ليس بنض فانض به راس المال فلا يملكه المضارب **ولو باع** شيا فاخر الثمن جاز لان تاخير الثمن من عادة التجار اما علي اصل ابي حنيفة فلان الوكيل بالبيع يملك تاخير الثمن فالمضارب اولي لان تصرفه اعم من تصرف الوكيل الا ان الوكيل بالبيع اذا اخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لان المضارب يملك ان يستقيل ثم يبيع نسا فيملك التاخير ابتدا فلم يضمن فاما الوكيل فلا يملك الاقالة ثم البيع بالنسيه فاذا اخر ضمن **واما عند** ابي يوسف فانما جاز تاخير المضارب دون الوكيل لهذا المعني ايضا وهو ان المضارب يملك ان يشتري السلعة او يستقيل فيها ثم يبيعها نسا فيملك تاخير ثمنها **والوكيل** لا يملك ذلك **وله** ان يحتال بالثمن علي رجل موسر اكان المحتال او معسرا لان الحوالة من عادة التجار لان الوصول الي الدين قد يكون اليسر من ذمة المحتال عليه من ذمة المحيل **بخلاف الوصي** اذا احتال بمال اليتيم ان كان ذلك اصلح جاز والا فلا لان تصرف الوصي في مال اليتيم مبني علي النظر وتصرف المضارب مبني علي عادة التجار **قال محمد** وله ان يستاجر ارضا بيضا ويشتري ببعض المال طعاما فيزرعه فيها وكذلك ان يتقبلها ليغرس فيها نخلا او شجرا ارطابا فذلك كله جايز والربح علي ما شرطا لان الاستيجار من التجارة لانه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملكه المضارب **وللمضارب** ان يسافر بالمال لان المقصود من هذا العقد استنما المال وهذا المقصود بالسفر اوفر ولان العقد مطلق عن المكان فيجري علي اطلاقه ولان ماخذ الاسم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض **قال الله** تعالي واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله والضرب في الارض هو السفر ولانه طلب الفضل قال الله تعالي وابتغوا من فضل الله وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف في رواية محمد عنه وفي رواية اصحاب الاملا ليس له ان يسافر وروي عنه الفرق بين الذي يبيت في وطنه والذي لا يبيت وبين ما له حمل ومونة وما لا حمل له ولا مونة في الشركة فالمضاربة علي ذلك وقد ذكرنا وجه كل من ذلك في كتاب الشركة **وقال** ابو يوسف عن ابي حنيفة اذا دفع اليه المال بالكوفة وهما من اهلها فان ابا حنيفة قال ليس له ان يسافر بالمال وان كان الدفع في مصر غير الكوفة فللمضارب ان يخرج به حيث شا وقد ذكرنا الرواية المشهورة في كتاب الشركة **واما** وجه رواية ابي يوسف عنه ان المسافرة بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا او دلالة فاذا دفع المال اليه في بلديهما فلم ياذن له بالسفر نصا ولا وجد منه ما يدل عليه فلم يكن له ان يسافر واذا دفع اليه في غير بلدهما فقد وجد دلالة الاذن بالرجوع الي الوطن لان العادة ان الانسان لا ياخذ المال مضاربة ويترك وطنه فكان دفع المال في غير بلدهما رضي بالرجوع الي الوطن فكان اذنا دلالة وله ان يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة لان الاذن بالتجارة من التجارة ومن عادة التجار ايضا وروي ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لان الاذن بالتجارة اعم من

المضاربة

المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله ان يبيعهم اذا جنوا جناية سوا كان المولي حاضرا او غايبا لان البيع في الدين من التجارة فلا يقف علي حضور المولي **ولو جني** عبد المضاربة بان قتل انسانا خطأ وقيمته مثل مال المضاربة بان كان راس المال الف درهم فاشتري بها عبدا قيمته الف فقتل انسانا خطا لا يخاطب المضارب بالدفع او الفدا لان الدفع او الفدا ليس من التجارة ولا ملك ايضا للمضارب في رقبته لانعدام الفضل والتدبير في جنايته الي رب المال لان رقبته خالص ملكه لا ملك للمضارب فيها بخلاف عبد العبد الماذون اذا جني انه يخاطب الماذون بالدفع والفدا مع غيبة المولي لان العبد الماذون في التصرف كالحر لانه يتصرف لنفسه كالحر بدليل انه لا يرجع بالعهدة علي المولي **ولو كان** متصرفا للمولي لرجع بالعهدة عليه فدل انه متصرف لنفسه وانما يظهر حق المولي في كسبه عند فراغه عن حاجته فاذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولي فيخاطب بالدفع كالحر فاما المضارب فانه وكيل رب المال في التصرف حتي يرجع بالعهدة عليه والوكيل بالشرا لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق بين الفصلين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفدا فله ذلك لانه بالفدا يستبقي مال المضاربة وله فيه فايدة في الجملة لتوهم الربح ولو دفع رب المال او فدا خرج العبد من المضاربة اما اذا دفع فلا شك فيه لانه بالدفع زال ملكه عنه لا الي بدل فصار كانه هلك واذا فدا فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولان اختيار الفدا دليل رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الربح لان ذلك بالبيع **ولو كان** قيمة العبد الفين فجني جناية خطا لا يخاطب المضارب بالدفع او الفدا اذا كان رب المال غايبا وليس لاصحاب الجناية علي المضارب ولا علي الغلام سبيل الا ان لهم ان يستوثقوا من الغلام بكفيل الي ان يقدم المولي وكذا لا يخاطب المولي بالدفع والفدا اذا كان المضارب غايبا وليس لاحدهما ان يفدي حتي يحضرا جميعا فان فدا كان متطوعا في الفدا فان حضرا دفعا او فديا فان دفعا فليس لهما شي وان فديا كان الفدا عليهما ارباعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولي بحكم الجناية وجه قول ابي يوسف ان نصيب المضارب لم يتعين في الربح لعدم تعين راس المال لان التعيين بالقسمة ولم توجد فبقي المال علي ملك حكم مال رب المال فكان هو المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب **ولهما** انه اذا كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد ولهذا لو اعتقه ينفذ اعتاقه في نصيبه واذا كان له نصيب في العبد كان فدا نصيبه عليه فلا بد من حضوره **وهذا** قول ابي حنيفة لم يتعين في الربح لعدم تعين راس المال فنقول لا بل يتعين ضرورة لزوم الفدا في نصيبه لانه لما لزمه الفدا في نصيبه ولا يلزمه الا بتعين حصته ولا يتعين راس المال الا بالقسمة تثبت القسمة ضرورة فان اختار احدهما الدفع والاخر الفدا فلهما ذلك لان كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غير ان في العبد المشترك اذا حضر احد الشريكين وغاب الاخر يخاطب الحاضر بحكم الجناية من الدفع والفدا وههنا لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضرا جميعا لان تصرف احدهما يتضمن قسمة لان المالك لا يبقي علي المضاربة بعد الدفع او الفدا والقسمة لا تصح الا بحضرتهما والدفع او الفدا من احد الشريكين لا يتضمن قسمة ولا حكما في حق الشريك الاخر فلا يقف علي حضوره **وهذا** بخلاف عبد الرهن اذا كانت قيمته اكثر من الدين فجني جناية خطا انه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان اختار احدهما الدفع والاخر الفدا لم يكن لهما ذلك فيلزمهما ان يجتمعا علي احد الامرين لان المالك هناك واحد فاختلاف اختيارهما يوجب تبعيض موجب الجناية في حق مالك واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذي ليس برهن

وههنا مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعض موجب الجناية
في حق مالك واحد وقد قالوا اذا غاب احدهما وادعت الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى
يحضر لان كل واحد منهما له حق في العبد فكان التدبير في الجناية اليهما فلا يجوز سماع البينة
على احدهما مع غيبة الاخر وانما اخذ بالعبد كفيل لانه لا يؤمن عليه ان يغيب فيسقط حق ولي الجناية
لان حقه متعلق برقبته فكان له ان يستوثق حقه بكفيل وحقوق العقد في الشرا والبيع ترجع الى
المضارب لا الى رب المال لانه العاقد فهو الذي يطالب بتسليم الثمن وبتسليم المبيع والثمن ويرد بالعيب
ويرد عليه ويخاصم لما قلنا ولو اشترى المضارب عبدا معيبا قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به المضارب
فللمضارب ان يرده ولو كان المضارب علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب ان يرده
لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى عبدا
فظهر به عيب فقال رب المال بعد الشرا رضيت بهذا العيب بطل الرد لان الملك لرب المال فاذا
رضي به فقد ابطل حق نفسه ولو ان رب المال دفع اليه الف درهم مضاربة على ان يشتري بها عبد
فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب ولم يره فليس له ان يرده بخيار الروية ولا بخيار العيب
لان امره بالشرا بعد العلم رضى منه بذلك العيب فكانه قال بعد الشرا قد رضيت بخلاف ما اذا امره
بشرا عبد غير معين لانه لا يعلم انه يشتري العبد المعيب لا محالة حتى يكون علمه دلالة الرضا به
وله ان ياخذ بالشفعة في دار اشتراها اجنبي الى جنب دار المضاربة او باع رب المال دار نفسه
والمضارب شفيعها بدار اخرى من المضاربة ففيه تفصيل نذكره ان شا الله تعالى ولو دفع المال الى
رجلين مضاربة فليس لاحدهما ان يبيع ويشتري بغير اذن صاحبه ولا يعمل احدهما شيا للمضارب
الواحد ان يعمله سوا قال لهما اعملا برايكما او لم يقل لانه رضي برايهما ولم يرض براي احدهما فصار
كالوكيلين وان اذن له الشريك في شي من ذلك جاز في قولهم جميعا لانه انما اذن له فقد اجتمع رايهما
فكانهما عقدا جميعا واما القسم الذي ليس للمضارب ان يعمله الا بالتنصيص عليه في المضاربة
المطلقة فليس له ان يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال ويكون دينا على
المضارب في ماله لان الاستدانة اثبات زيادة في راس المال من غير رضى رب المال بل فيه
اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشترى براس المال في باب المضاربة مضمون
على رب المال بدليل ان المضارب لو اشترى براس المال ثم هلك المشترى قبل التسليم فان المضارب
يرجع على رب المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لالزمناه زيادة ضمان لم يرض
به وهذا لا يجوز والاستدانة هي ان يشتري المضارب شيا بثمن دين ليس في يده من جنسه حتى انه لو لم
يكن في يده شي من راس المال من الدراهم والدنانير بان كان اشترى براس المال سلعة ثم اشترى
شيا بالدراهم او الدنانير لم يجز على المضاربة وكان المشترى له عليه ثمنه من ماله لانه اشترى بثمن
ليس في يده من جنسه فصار مستدينا على المضاربة فلم يجز على رب المال وجاز عليه لان الشرا وجد
نفاذا عليه كالوكيل بالشرا اذا خالف وسوا اشترى بثمن مؤجل حال او مؤجل لانه لما اشترى
بما ليس في يده من جنسه صار مستدينا على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان ما في يد
المضارب من العبد او العرض يساوي راس المال او اكثر فاشترى شيا للمضاربة بالدراهم
والدنانير ليبيع العرض ويودي ثمنه منها لم يجز لما ذكرنا انه استدانة ولو باع ∴ ما في
يده من العروض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك في يده قبل حل الاجل لم ينتقض ذلك لانه
لما خالف في حال الشرا لزمه الثمن وصادفت السلعة له لانه لم يملك الشرا للمضاربة فوقع العقد له

فلايصير

فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له ان يشتري باكثر
من راس المال الذي في يده لان الزيادة تكون دينا وليس في يده من مال المضاربة ما يودي به
حتى لو اشترى سلعة بالفي درهم ومال المضاربة الف كانت حصة الالف من السلعة المشتراه
للمضاربة وحصة ما زاد على الالف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين
عليه في ماله لانه يملك الشرا بالالف ولا يملك الشرا بما زاد عليها للمضاربة ويملك الشرا لنفسه
فوقع له وكذا اذا قبض المضارب راس المال والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل
لان الشرا بغير الاثمان اذا لم يكن في يده شي من ذلك لان الشرا بغير الاثمان يكون استدانة
على المال ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل او موزون فاشترى ثوبا او عبدا بمكيل او موزون
موصوف في الذمة كان الشرا للمضاربة لان في يده من جنسه فلم يكن استدانة ولو كان في يده
دراهم فاشترى سلعة بدراهم نسية لم يكن استدانة لان في يده من جنسه ولو كان في يده
دراهم فاشترى بدنانير او كان في يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس ان لا يجوز
على رب المال وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز وجه القياس ان الدراهم والدنانير
جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه فيكون استدانة
كما لو اشترى بالعروض وجه الاستحسان انهما عند التجار كجنس واحد لانهما من
الاثمان بهما تقدر النفقات واروش الجنايات وقيم المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد
منهما الى الاخر فكان ثمنا لشي واحد فكان مشتريا بالثمن في يده من جنسه وكذلك لو اشترى
بثمن هو من جنس راس المال لكنه يخالفه في الصفة بان اشترى بدراهم بيض وراس المال
دراهم سود او اشترى بدراهم صحاح وراس المال غلة او اشترى بدراهم سود وراس المال
دراهم بيض او اشترى بدراهم غلة وراس المال دراهم صحاح فذلك جائز على المضاربة
وقال زفر لا يجوز شي من ذلك على المضاربة ويكون استدانة وجعل اختلاف الصفة
كاختلاف الجنس وقال محمد ان اشترى بما صفته انقص من صفة راس المال جاز وهذا يشير
الى انه اذا اشترى بما صفته ازيد من صفة راس المال انه لا يجوز على المضاربة ووجهه انه
اذا اشترى بما صفته انقص من صفة راس المال كان في يده ذلك القدر والذي اشترى به
وزيادة فيجوز واذا اشترى بما صفته اكمل لم يكن في يده القدر الذي اشترى به فلا يجوز على
المضاربة والصحيح قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان
يجوز عند اختلاف الصفة اولى لان تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس ولو كان
راس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف او بدنانير او بفلوس قيمة ذلك الف لا يملك
ان يشتري بعد ذلك على الالف المضاربة شيا بالف اخرى او غير ذلك لان مال المضاربة
كان مستحقا بالثمن الاول فلو اشترى بعد ذلك لصار مستدينا على مال المضاربة فلا يملك
وان اشترى بها او لا عبدا بخمسمائة لا يملك ان يشتري الا بقدر خمسمائة لان خمسمائة
خرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق راس المال لان ذلك صار مستحقا من راس
المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فاذا اشترى باكثر مما بقي صار مستدينا على
مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى وتصرف في المضاربة تحصل في يده
صنوف من الاموال المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من ساير الاموال ولم يكن في يده
دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له ان يشتري متاعا ليس في يده مثله من جنسه وصفته

وقد ذكر بان اشترى عبدا بكر حنطة موصوفة فان اشترى كر حنطة وسط وفي يده
الوسط او كر حنطة جيد وفي يده الجيد جاز وان كان في يده اجود مما اشترى به او ادون
لم يكن للمضاربة وكان للمضارب لانه اذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستدينا على المضاربة
فلا يجوز وليس اختلاف الصفة هاهنا كاختلاف الصفة في الدراهم لان اختلاف الجنس
هناك من الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلاف الصفة اولى لانه دونه واختلاف
الجنس هاهنا يمنع الجواز فكذلك اختلاف الصفة يجري في جميع ما ذكرنا انه لا يجوز من
المضارب الاستدانة على رب المال يستوي فيه ما اذا قال له رب المال اعمل برايك
او لم يقل لان قوله اعمل برايك تفويض الراي اليه فيما هو من المضاربة والاستدانة
انه لم تدخل في عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصا ثم
كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح
مال المضاربة به حتى لو اشترى بالمضاربة بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استاجر على حملها
او على قصارتها او فعلها كان متطوعا في ذلك كله لانه اذا لم يبق في يده شيء من راس
المال صار بالاستيجار مستدينا على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقدا لنفسه متطوعا
في مال الغير كما لو حمل متاعا لغيره او قصر ثيابا بالغير بغير امره قال محمد وكذلك
اذا صبغها سودا من ماله فنقصها ذلك لان الاستدانة لا تجوز ولم يصر شريكا بالسواد لانه
لم يوجب في العين زيادة بل اوجب نقصانا فيها ولا يضمن بفعله سوا قال له اعمل برايك
او لم يقل لانه ماذون فيه بعقد المضاربة بدليل انه لو كان في يده فضل فصبغ
الثياب به سودا فنقصها ذلك لم يضمن فكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع
بعصفر او زعفران او صبغ يزيد فيها وليس في يده من مال المضاربة شيء فان لم يقل له اعمل
برايك فهو ضامن ورب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم اليه المتاع
وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيضرب فيه رب المال بقيمته ابيض ويضرب المضارب
بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فما اصاب المتاع فهو مال المضاربة وما
زاد الصبغ فللمضارب خاصة لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار
الصبغ من غير المضاربة والمضارب اذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برايك
يضمن وصار كاجنبي خلط المال ولو صبغ الثياب اجنبي كان لمالك الخيار ان شاء
ضمنه قيمتها وان شاء شاركها على الشركة [illegible] كذا هذا وان كان قال له اعمل
برايك فلا ضمان عليه لانه اذا قال له ذلك فله ان يخلط مال نفسه بمال المضاربة
والصبغ على ملكه فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا باع المتاع قسم الثمن
على قيمة الثوب ابيض فما اصاب ذلك كان في المضاربة وما اصاب الصبغ كان
للمضارب والله اعلم واذا اذن للمضارب ان يستدين على مال المضاربة جاز له الاستدانة
وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشترى بينهما نصفين لانه لا يمكن ان
يجعل المشترى بالدين مضاربة لان المضاربة لا تجوز الا في مال عين فيجعل شركة وجوه ويكون
المشترى بينهما نصفين لان مطلق الشركة تقتضي التساوي وسواء كان الربح بينهما نصفين
او اثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا ينبني على حكم المضاربة وقد بينا في كتاب الشركة
انه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه الا بشرط التفاضل في الضمان فان شرطا

التفاضل

التفاضل في الربح فاذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن دينا عليهما من غير مضاربة
فلا يملك المضارب ان يرهن به مال المضاربة الا باذن رب المال فاذا اذن له ان يرهن
بجميع الثمن فقد اعاره نصف الرهن ليرهنه بدينه فاذا هلك صار مضمونا عليه وليس له
ان يرهن بقرض مال المضاربة لان القرض تبرع في الحال اذ لا يقابله عوض للحال وانما يصير
مبادلة في البادي ومال الغير لا يحتمل التبرع وكذلك القرض لان كل واحد منهما تبرع ولا
ياخذ سفتجة لان اخذ السفتجة استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذا لا يعطي سفتجة
لان اعطاء السفتجة اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتنصيص عليه هكذا قال محمد عن ابي
حنيفة انه قال ليس له ان يقرض ولا ان ياخذ سفتجة الا ان يامره بذلك بعينه فيقول
له خذ السفاتج واقرض ان احببت فاما ان قال اعمل في ذلك برايك فانما هذا على البيع
والشرا والشركة والمضاربة وخلط المال وهذا قول ابي يوسف وقولنا وهذا لما ذكرنا
ان قوله اعمل في ذلك برايك تفويض الراي اليه في المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة
وكذا الاستدانة لانها عند الاذن شركة وجوه وهي عقد اخر وراء المضاربة وهو انما فوض
الراي اليه في المضاربة خاصة لا في عقد اخر لا يتعلق بها فلا يدخل في ذلك وليس له وليس
له ان يشتري بما لا يتغابن الناس في مثله وان قال له اعمل برايك ولو اشترى يصير مخالفا لان
المضاربة توكيل بالشرا والوكيل بالشرا مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو ان يكون بمثل
القيمة او ما يتغابن الناس في مثله لان الشرا بما لا يتغابن الناس في مثله محاباة والمحاباة
تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة
بدين في ذمة المفلس وليس له ان يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة في قول ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف يزوج الامة ولا يزوج العبد والمسالة ذكرناها في موضع اخر
وروى بن رستم عن محمد انه ليس له ان يتزوج امة من مال المضاربة لانه لا يملك ان يشتري
شيئا من مال المضاربة لنفسه فلا يملك ان يعقد على جارية المضاربة لنفسه فان زوج باذن
رب المال فهو جائز اذا لم يكن في المال ربح وقد خرجت من المضاربة اما الجواز فلانه اذا لم يكن
في المضاربة ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له فيها حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد
الماذون واما خروج الامة عن المضاربة فلان العادة ان من تزوج امة حصنها ومنعها من
الخروج والبروز والمضاربة تقتضي العرض على البيع وابرازها للمشتري فكان اتفاقهما
على التزويج اخراجا منهما اياها عن المضاربة ويحتسب بمقدار قيمتها من راس المال لانه لما اخرجها
من المضاربة صار كانه استرد ذلك القدر من راس المال وقد قال الحسن بن زياد عن ابي
حنيفة ان المضارب لا يملك ان يزوج امة من المضاربة لعبد من المضاربة لانه تصرف المضارب
يختص بالتجارة ليس من التجارة وذكر القدوري وقال ينبغي ان يكون هذا قولهم لان عند ابي
يوسف ان كان يملك تزويج الامة لا يملك تزويج العبد ولو اخذ المضارب نخلا او شجرا
او رطابا معاملة على ان ينفق من المال لم يجز على رب المال وان كان قال له رب المال حين
دفع المال اليه اعمل في ذلك برايك لان الاخذ معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع
نفس المضارب ومنافع نفس المضارب لا يدخل تحت عقد المضاربة فكان كما لو اجر نفسه للخدمة
ولا يعتبر ما شرط من الانفاق لان ذلك ليس بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط في اجارة
الخياط والصبغ في الصباغة وكذا لا يعتبر قوله اعمل برايك لما ذكرنا ان ذلك يعتمد تفويض

الراي اليه في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عقد علي منافع نفسه ومنافع نفسه ل
المضارب لا يجوز ان يستحق بدلها رب المال **ولو اخذ** ارضا مزارعة علي ان يزرعها فما خرج
من ذلك كان نصفين فاشتري طعاما ببعض المزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان كان قال
له اعمل برايك فان لم يكن قال له اعمل برايك لم يجز لانه يوجب حقا لرب الارض في مال
رب المال فيصير كانه شارك في مال المضاربة وانه لا يملك الاشراك باطلاق العقد ما لم
يقل اعمل برايك واذا قال ملك كذا وقد قال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقر اذا
كان من قبل الارض والعمل علي المضاربة لم يكن ذلك علي المضاربة بل كان للمضارب خاصة لما ذكرنا
انه عقد علي منافع نفسه فكان بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك لو شرط
البقر علي المضارب لان العقد وقع علي منفعته وانما البذر له العمل والالة تبع ما لم يقع عليها
العقد **ولو دفع** المضارب ارضا بغير بذر مزارعة جاز سوا كان قال له اعمل برايك او لم
يقل لانه لم يقل شركة في مال رب المال انما اجر ارضه والاجارة داخلة تحت عقد المضاربة
واما القسم الذي للمضارب ان يعمله اذا قيل له اعمل برايك وان لم ينص عليه فالمضاربة والمشاركة
والخلط فله ان يدفع مال المضاربة مضاربة الي غيره وان يشارك غيره في مال المضاربة
شركة عنان وان يخلط مال المضاربة بمال نفسه اذا قال له رب المال اعمل فيه برايك وليس
له ان يعمل شيا من ذلك اذا لم يقل ذلك اما المضاربة فلان المضاربة مثل المضاربة والشي
لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد
كذا هذا **واما** الشركة فهي اولي ان لا يملكها بمطلق العقد لانها اعم من المضاربة والشي لا يستتبع
مثله فما فوقه اولي واما الخلط فلانه يوجب في مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز الا باذنه
فان لم يقل ذلك فدفع المضارب مال المضاربة مضاربة الي غيره فالامر لا يخلو من وجوه
اما ان كانت المضاربتان صحيحتان واما ان كانتا فاسدتان واما ان كانت احديهما صحيح
والاخرى فاسدة فان كانتا صحيحتين فان المال لا يكون مضمونا علي المضارب الاول بمجرد
الدفع الي الثاني حتي لو هلك المال في يد الثاني قبل ان يعمل يهلك امانة وهذا قول اصحابنا
الثلثه وقال زفر يصير مضمونا بنفس الدفع عمل الثاني او لم يعمل واذا هلك قبل العمل يضمن
وهو رواية عن ابي يوسف ايضا وجه قول زفر ان رب المال اذا لم يقل للمضارب اعمل برايك
لم يملك دفع المال مضاربة الي غيره واذا دفع صار بالدفع مخالفا فصار مضمونا عليه كالمودع
اذا اودع **ولنا** ان مجرد الدفع ايداع منه وهو يملك ايداع مال المضاربة فلا يضمن بالدفع
ثم روي الحسن عن ابي حنيفة انه لا ضمان علي الاول حتي يعمل به الثاني ويربح فاذا عمل به وربح كان
ضامنا حين ربح فان عمل بالمال فلم يربح حتي ضاع من يده فلا ضمان عليه وروي محمد عن ابي
يوسف انه لا ضمان عليه حتي يعمل الثاني فاذا عمل ضمن ربح الاول او لم يربح وهكذا روي بن سماعة
والفضل بن غانم عن ابي يوسف وهو قول محمد وذكر القاضي في شرح مختصر الطحاوي
ان هذا ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله **وجه** قولهما انه لما عمل فقد تصرف في المال
بغير اذن المالك فيتعلق به الضمان سوا ربح او لم يربح ولابي حنيفة انه لا سبيل الي التضمين
بالدفع لانه ايداع وابضاع ولا بالعمل لانه ما لم يربح فهو في حكم المبضع والمبضع لا يضمن
بالعمل ولا يجوز ان يضمن بالشرط لانه مجرد قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه
اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال باثبات المضارب الاول فصار الاول مخالفا فيضمن كما لو خلط

مال

مال المضاربة بغيره او شارك به واذا وجب الضمان بالعمل والربح او بنفس العمل علي اختلافهم
في ذلك فرب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني اما علي اصل ابي يوسف ومحمد
في المودع اذا اودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان الاول
تعدي بالدفع والثاني تعدي بالقبض فصار عندهما كالمودع اذا اودع   علي
اصل ابي حنيفة في مسئلة الوديعة فيحتاج الي الفرق لان الضمان عنده علي المودع لا علي الثاني
وفي مسئلة المضاربة اثبت خيار تضمين الاول لان المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة
نفسه وهو الربح فكان عاملا لنفسه فجاز ان يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه
بل لمنفعة الاول بحفظ الوديعة فلم يضمن فان ضمن المضارب الاول لا يرجع بما ضمن علي الثاني وصحت
المضاربة بين الاول وبين الثاني والربح علي ما شرطا لانه لما تقرر الضمان علي الاول فقد
ملك المضمون فصار كانه دفع مال نفسه مضاربة الي الثاني وكان الربح علي ما شرطا لان
الشرط قد صح وان ضمن الثاني يرجع بما ضمن علي الاول لان الاول غره بالعقد فصار مغرورا
من جهته فكان له ان يرجع عليه بما ضمن كمودع الغاصب وهو ضمان كفالة في الحقيقة لان
الاول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له **بخلاف الرهن** وهو ما اذا
غصب رجل شيا فرهنه فهلك في يد المرتهن وهو ما اذا غصب رجل شيا فاختار المالك
تضمين المرتهن انه يرجع علي الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن **ووجه** الفرق ان قبض
المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين ان قبضه لم يصح فتبين ان الرهن لم يصح
اذ لا صحة لها بدون القبض واما في المضاربة فتضمين الثاني ابطال القبض بعد وجوده
لان المضاربة عقد جائز فكان لبقايه حكم الابتدا كانه ابتدا العقد بعد اداء الضمان
فكان التضمين ابطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل المضاربة الا تري ان المضاربة
لو باع المال من رب المال لا يبطل المضاربة وان بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن علي الراهن
يبطل الرهن كذلك افترقا وذكر ابن سماعة عن محمد انه يطيب الربح للاسفل ولا يطيب
للاعلي علي قياس قول ابي حنيفة لان استحقاق الاسفل بعمله ولا خطر في عمله فيطيب له الربح
فاما الاعلي فانما يستحق الربح براس المال والملك في راس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلوا
عن نوع خبث فلا يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان علي واحد منهما لان الاول اجير
في مال المضاربة والثاني اجير للاول فصار كمن استاجر رجلا يعمل في ماله فاستاجر الاجير
رجلا وان كانت احديهما صحيحة والاخري فاسدة فكذلك لا ضمان علي واحد منهما وان
عمل المضارب في المال لان المضارب الثاني اجير الاول والاجير لا يستحق شيا من الربح فلم
يثبت له شركة في راس المال فلا يجب الضمان علي الاول ولا علي الثاني لانه لا ضمان علي الاجير
وله اجر مثله علي المضارب الاول وللمضارب الاول ما شرط له من الربح لوقوع المضاربة صحيحة
وان كانت الاولي فاسدة والثانية صحيحة فكذلك لان الاول اجير في مال المضاربة ولا حق له
في الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان اذا الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح
كله لرب المال لانه ربح حصل في مضاربة فاسدة وللمضارب الاول اجر مثله لان عمل الثاني
وقع له فكانه عمل بنفسه وللثاني مثل ما شرط له من الربح لانه عمل بمضاربة صحيحة وقد سمي له
شيا هو مستحق للغير فيضمن **هذا** اذا لم يقل له رب المال اعمل برايك فاما اذا قال له ذلك
فله ان يدفع مال المضاربة مضاربة الي غيره لانه فوض الراي اليه وقد راي ان يدفعه مضاربة

فكان له ذلك ثم اذا عمل الثاني وربح كيف تقسم الربح فجملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلو اما ان اطلق الربح في عقد المضاربة ولم يضفه الى المضارب بان قال على ان ما رزق الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفان او قال ما اطعم الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفان واما ان اضافه الى المضارب بان قال على ان ما رزقك الله من ربح فهو بيننا نصفان او ما اطعمك الله تعالى من ربح او على ان ما ربحت من شيء او ما اصبت من ربح فان اطلق الربح ولم يضفه الى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال الى غيره مضاربة بالثلث فربح الثاني فثلث الربح للثاني لان شرط الاول للثاني قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الاول فجاز شرطه فكان ثلث جميع الربح للثاني ونصفه لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيئا فانصرف شرطه الى نصيبه لا الى نصيب رب المال وبقي نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح للمضارب الاول لانه لم يجعله للثاني فبقي له بالعقد الاول ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثاني وقع له فكانه عمل بنفسه كمن استاجر انسانا على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر الاجير من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل اجيره وقع له فكانه عمل بنفسه كذا هذا **ولو دفع** الى الثاني مضاربة بالنصف فنصف الربح للثاني وصح جعله لانه مالك للنصف والنصف لرب المال بالعقد الاول وصار كمن استاجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر الاجير من خاطه بدرهم ولو دفعه اليه مضاربة بالثلثين فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثاني ويرجع الثاني على الاول بمثل سدس الربح الذي شرط له لان شرط الزيادة لم ينفذ في حق رب المال لم يرض لنفسه باقل من نصف الربح فقد صح فيما بين الاول والثاني لان الاول غر الثاني بتسمية الزيادة والغرور في العقود من اسباب وجوب الضمان وهو في الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملتزما سلامة هذا القدر للثاني ولم يسلم له فيغرم للثاني مثل سدس الربح ولا يصير بذلك مخالفا كمن استاجر رجلا لخياطة ثوب بدرهم فاستاجر الاجير من يخيطه بدرهم ونصف انه يضمن زيادة الاجرة كذا هذا **وان اضافه** الى المضارب فدفعه الاول مضاربة الى غيره بالثلث او بالنصف او بالثلثين فجميع ما شرط للثاني من الربح يسلم له وما شرط للمضارب الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الاول ووجه الفرق ان هاهنا شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله تعالى المضارب او نصف ما ربح المضارب فاذا دفعه الى الثاني مضاربة بالثلث فان الذي رزق الله المضارب الاول الثلثين فكان الثلث للثاني والثلثان بين رب المال والمضارب الاول نصفين لكل واحد منهما الثلث واذا دفعه مضاربة بالثلثين كان الذي رزقه الله الثلث فالثلثان للثاني والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس وفي الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك ينصرف الى كل الربح **وكذا** له ان يخلط مال المضاربة بمال نفسه لانه عرض الراي اليه وقد راى الخلط واذا ربح قسم الربح على المالين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط وكذا له ان يشارك غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب فيستوفي منها رب المال راس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط **واما** القسم

الذي

الذي ليس للمضارب ان يفعله اصلا وراسا فشراء ما لا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه **اما** الاول فنحو شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وام الولد والمكاتب والمدبر لان المضاربة تضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فما لا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه لا يحصل منه الربح ايضا فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيئا من ذلك كان مشتريا لنفسه لا للمضاربة فان دفع فيه شيئا من مال المضاربة يضمن **وان اشترى** عبدا او ثوبا او عرضا من العروض بشيء مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء على المضاربة لان البيع هاهنا مما يملك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسدا والاذن بالشراء المستفاد بعقد المضاربة يتناول الصحيح والفاسد واما اذا كان الثمن ميتة او دما فما اشتراه لا يكون المشترى للمضاربة بل يكون مشتريا لنفسه لانه لو وقع شراؤه للمضاربة لعتق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك فلا يحصل المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن **ولو اشترى** ذا رحم محرم من نفسه فان لم يكن في المال ربح فالشراء على المضاربة لانه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان في المال ربح لم يكن الشراء على المضاربة لانه اذا كان في المضاربة ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقي لانه معتق البعض وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضاربة لما قلنا والله اعلم **واما** المضاربة المقيدة فحكمها حكم المضاربة المطلقة في جميع ما وصفنا لا يفترقان الا في قدر القيد والاصل فيه ان القيد اذا كان مفيدا ثبت لان الاصل في الشروط اعتبارها ما امكن واذا كان القيد مفيدا كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فيتقيد بالمذكور ويبقى مطلقا فيما وراءه على الاصل المعهود في المطلق اذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقا فيما وراءه كالعام اذا خص منه بعضه انه يبقى عاما فيما وراءه وان لم يكن مفيدا لا يثبت بل يبقى مطلقا لان ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم **اذا عرف** هذا فنقول اذا دفع الرجل الى رجل الفا مضاربة على ان يعمل بها بالكوفة فليس له ان يعمل بها في غير الكوفة لان قوله على ان من الفاظ الشروط وانه شرط مفيد لان الاماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذا في السفر خطر فيتقيد وحقيقة الفقه في ذلك ان الاذن كان عدما وانما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراء العقد على اصل العدم وكذا لا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلئن لا يملك الامر بذلك اولى وان اخرجها من الكوفة فان اشترى بها وباع ضمن وكان الشراء لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لانه تصرف لا على الوجه المأذون فيه فصار مخالفا فيضمن وان لم يشتر بها شيئا حتى ردها الى الكوفة برئ من الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق **ولو اشترى** ببعضه ورد بعضه فما اشتراه فهو له وما رد رجع على المضاربة لانه تقرر الخلاف في المشترى وزال عن القدر المردود **ولو دفع** اليه على ان يعمل في سوق الكوفة فعمل بالكوفة في غير سوقها فهو جائز على المضاربة استحسانا والقياس ان لا يجوز **وجه القياس** انه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين وجه الاستحسان ان التعليق بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة في التعليق فهذا الشرط فيلغو الشرط **ولو قال** اعمل في سوق الكوفة ولا تعمل به الا في سوق الكوفة فعمل في سوق غير السوق يضمن لانه قوله لا تعمل الا في سوق الكوفة حجر عليه فلا يجوز نقضه لوجود الحجر وفي الفصل الاول ما حجر

عليه بل يشرط عليه ان يكون عمله في السوق والشرط غير مفيد لما قلنا **ولو قال** خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لم يجز له العمل في غيرها لان في كلمة ظرف فقد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذي اذن له فيه فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفا للتصرف فيه وكذلك اذا قال فاعمل به في الكوفة لما قلنا ولان الفاء من حروف التعليق فيوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يجز التصرف في غيرها وكذلك اذا قال خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لان البا حرف الصاق فيقتضي الصاق الصفة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها **ولو قال** خذ هذا المال مضاربة واعمل به في الكوفة فله ان يعمل بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال مضاربة اقرار بالتصرف مطلقا وقوله واعمل به في الكوفة اذن بالكوفة فكان له ان يعمل في اي موضع شا كمن قال لغيره اعتق عبدا من عبيدك ثم قال له اعتق عبدك سالما ان له ان يعتق اي عبد شا ولا يتقيد التوكيل باعتاق سالم كذا هذا اذ المضاربة توكيل بالشرا والبيع **ولو قال** خذ هذا المال مضاربة الى سنة جازت المضاربة عندنا وقال الشافعي المضاربة فاسدة وجه قوله انه اذا وقت المضاربة فقد يحتمل انه لا يجد زبونا في الوقت فلا يفيد العقد فايدة **ولنا** ان المضاربة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوي وقال لم يجد عن اصحابنا توقيت المضاربة وقياس قولهم في الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا لو وكل رجلا ببيع عبده اليوم فباعه غدا جاز كالوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا في الوكيل اذا قال له لا تبعه اليوم ولا تبعه غدا جاز ذلك ولم يكن له ان يبيعه غدا وكذا اذا قيل له على ان تبيعه اليوم دون غد **ولو قال** خذ هذا المال مضاربة بالنصف على ان تشتري به الطعام او قال فاشتر به الطعام او قال تشتري به الطعام او قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف في الطعام فذلك كله سوا وليس له ان يشتري سوى ذلك بالاجماع لما ذكرنا ان على للشرط والاصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره والفا للتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله تشتري به الطعام تفسير للتصرف المأذون فيه وقوله في الطعام في كلمة ظرف فاذا دخلت على ما لا يصلح ظرفا يصير بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضي التقييد بالشرط المذكور والشرط مفيد لان بعض انواع التجارة قد يكون اقرب الى المقصود من البعض وكذا الناس يختلفون في ذلك فقد يهتدي الانسان الى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيدا فيتقيد به فلا يملك ان يشتري غير الطعام والطعام هو الحنطة ودقيقها اذ لا يراد به كل ما يطعم بل البعض دون البعض والطعام اسم يختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام في عرفهم لا يطلق الا على الحنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنسا اخر بان قال له خذ هذا المال مضاربة بالنصف على ان تشتري به الرقيق والخز او البز او غير ذلك ليس له ان يعمل في غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له ان يشتري ذلك الجنس في المصر وغيره وان يبضع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمله المضارب في المضاربة المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ اذا قيد ببعض الاشيا بقي على اطلاقه فيما وراه **ولو قال** له على ان تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له ان يشتري ويبيع من غيره وقال الشافعي المضاربة فاسدة لان في تعيين الشخص تضييق طريق الوصول الى المقصود من التصرف وهو الربح وتغيير لمقتضى العقد ايضا لان مقتضى العقد التصرف مع من شا **ولنا** ان هذا شرط مفيد لاختلاف الناس في النقد والامانة لان الشرا من بعض الناس قد يكون اربح لكونه يسهل البيع وقد يكون اوثق على المال

فكان

فكان التقييد مفيدا كالتقييد بنوع دون نوع وقوله التعيين يغير مقتضى العقد قلنا هو تغيير مقتضى مطلق العقد لا مقتضى عقد مقيد قال ابن سماعة سمعت محمدا قال في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فقال له ان اشتريت به الحنطة فلك من الربح النصف ولي النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولي الثلثان قال هذا جائز **وله** ان يشتري اي ذلك شا على ما سمى له رب المال لانه خيره بين عملين مختلفين فيجوز كما لو خيره الخياط بين خياطة الرومية والفارسية **ولو دفع** اليه على انه ان عمل في المصر فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرطا ان عمل في المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى في المصر ولو باع في السفر او اشترى في السفر وباع في المصر فقد روي عن محمد انه قال المضاربة في هذا على الشرا فان اشترى في المصر فما ربح في ذلك المتاع فهو على ما شرط في المصر سوا باع في المصر او في غيره لان المضارب انما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشرا فاذا اشترى في المصر تعين احد العملين فلا متغير بالسفر وان عمل ببعض المال في السفر وبالبعض في المصر فربح كل واحد من المالين على ما شرط لا محالة **ولو قال** على ان تشتري بها من اهل الكوفة وتبيع فاشترى وباع من رجال بالكوفة من غير اهلها فهو جائز لان هذا الشرط لا يفيد الا ترك السفر كانه قال على ان تشتري من بالكوفة وكذلك اذا دفع اليه مالا مضاربة في الصرف على ان تشتري من الصيارفة وتبيع كان له ان يشتري من غير الصيارفة ما بدا له من الصرف لان التقييد بالصيارفة لا يفيد الا التخصيص ابدا في النوع **ولو دفع** اليه مالا مضاربة ثم قال له بعد ذلك اشتر به البز وبع فله ان يشتري البز وغيره لان هذا وقوله خذ هذا المال مضاربة واعمل به بالكوفة سوا الا ان القيد هناك مقارن وها هنا متراخ وذكر القدوري ان هذا محمول على انه نهاه بعد الشرا او الحكم في التقييد الطاري على مطلق العقد انه ان كان ذلك قبل الشرا يعمل وان كان بعد ما اشترى به لا يعمل **ولو دفع** اليه مالا مضاربة على ان يشتري ويبيع بالنقد جاز لان التقييد مفيد **ولو قال له** بع بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد جاز لان النقد انفع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيدا فلا يثبت القيد وصار كما لو قال للوكيل بع بعشرة فباع باكثر منها جاز كذا هذا والله اعلم **واما** الذي يرجع الى عمل رب المال مما له ان يعمله وما ليس له ان يعمله فقد قال اصحابنا اذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته او اكثر جاز بيعه واذا باع باقل من قيمته لم يجز الا ان يجيزه المضارب سوا باع باقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه او ما يتغابن الناس فيه لان جواز بيع رب المال من طريق الاعانة للمضارب وليس من الاعانة ادخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يحتمل قل او كثر **وعلى هذا** لو كان المضارب اثنين فباع احدهما باذن رب المال لم يجز ان يبيعه الا بمثل القيمة او اكثر الا ان يجيز المضارب الاخر لان احد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف فيه اذا كان غبن فلا يملك الامر به واذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعا وفيه فضل او لا فضل فيه فاراد رب المال بيع ذلك فابى المضارب واراد امساكه حتى يجد ربحا فان المضارب يجبر على بيعه الا ان يشا ان يدفعه الى رب المال لان منع المالك عن تنفيذ ارادته في ملكه لحق يحتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل اليه ولكن يقال له ان اردت الامساك فرد عليه ماله وان كان فيه ربح يقال له ادفع اليه راس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع لك **ولو اخذ** رجل مالا لطفل لا جله ابيه مضاربة فان كان الابن صغيرا

البيع فالمضاربة للاب ولا شي للابن من الربح لان الربح في باب المضاربة يستحق بالمال
او بالعمل وليس للابن واحد منهما وان كان الابن يقدر على العمل فالمضاربة للابن والربح له
ان عمل الاب بامر الابن فهو متطوع وان عمل بغير اذنه صار بمنزلة الغاصب لانه ليس له ان
يعمل فيه بغير امر مضاربه كالاجنبي وقد قالوا في المضارب اذا اشترى جارية فليس لرب المال
ان يطاها سوا كان فيه ربح او لم يكن اما اذا كان فيه ربح فلا شك فيه لان المشتري فيها مشتركا
ولا يجوز وطي الجارية المشتركة وان لم يكن فيها ربح فللمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل
ان رب المال لا يملك منعه من التصرف ولو مات كان للمضارب ان يبيعها فصارت كالجارية المشتركة
ويجوز شرا رب المال من المضارب وشرا المضارب من رب المال في قول اصحابنا الثلثة وقال زفر
لا يجوز الشرا بينهما في مال المضاربة وجه قول زفر ان هذا شرا ماله بماله وبيع ماله بماله الا ترى انهما
اذا ما لا ان جميعا لرب المال وهذا لا يجوز كالموكل مع الوكيل ولنا ان لرب المال في مال
المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف فالتحق ملكه في حق ملك التصرف بملك الاجنبي
وللمضارب فيه ملك التصرف لا ملك الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الاجنبي
حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما
كمال الاجنبي فجاز الشرا بينهما ولو اشترى المضارب دارا ورب المال شفيعها
بدار اخرى بجنبها فله ان ياخذ بالشفعة لان المشترى وان كان له في الحقيقة لكنه
في الحكم كانه ليس له بدليل انه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا اجاز شراه منه من
المضارب ولو باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة
له سوا كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع او لم يكن اما اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب
وكيله بالبيع والوكيل ببيع الدار اذا باع لا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وان كان
فيها ربح فاما حصة رب المال فكذلك هو وكيل ببيعها واما حصة المضارب فلانا لو
اوجبنا فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على المشتري ولان الربح تابع لراس المال
فاذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب في التابع ولو باع رب المال دارا لنفسه
والمضارب شفيعها بدار اخرى من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفا بثمن
الدار لم تجب الشفعة لانه لو اخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب للبايع
الدار وان لم يكن في يده وفا فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لانه اخذها لرب المال
وان كان فيه ربح فللمضارب ان ياخذها لنفسه بالشفعة لان له نصيبا في ذلك فجاز
ان ياخذها لنفسه ولو ان اجنبيا اشترى دارا الى جنب دار المضاربة فان كان
في يد المضارب وفا بالثمن فله ان ياخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت
وليس لرب المال ان ياخذها لنفسه لان الشفعة وجبت للمضاربة وملك التصرف
في المضاربة فاذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن في يده وفا فان كان
في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعا فان سلم احدهما فللاخر ان ياخذها
جميعا لنفسه بالشفعة كدار بين شريكين وجبت الشفعة لهما وان لم يكن في الدار
ربح فالشفعة لرب المال خاصة لانه لا نصيب للمضارب فيه قال ابو يوسف اذا استاجر
اجيرا كل شهر بعشرة دراهم ليشتري له ويبيع ثم دفع المستاجر الى الاجير دراهم مضاربة
فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شي للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة

جايزة

جايزة ولا شي للاجير في الوقت الذي يكون مشغولا بعمل المضاربة وجه قول محمد
انه لما دفع اليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الاجارة ونقضها لما دام يعمل بالمضاربة
فلا اجر له ولان المضاربة شركة ولهذا لا يفتقر الى التوقيت ولو شاركه بعد ما
استاجره جازت الشركة فكذلك المضاربة ولابي يوسف انه لما استاجره فقد ملك
عمله فاذا دفعه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحا بعمل قد ملكه رب المال وهذا لا يجوز
ولان المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز ان يستوجب الربح والاجر ولا يجوز ان ينتقض الاجارة
بالمضاربة لان الاجارة اقوى من المضاربة لانها لازمة والمضاربة ليست بلازمة
والشي لا ينتقض بما هو اضعف منه وما ذكره محمد ان المضاربة شركة فالجواب ان
الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قد ملك العمل فلا يجوز
ان يستحق المضارب به الربح ولان الشريك يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الاجارة فسقط
عنه الاجرة بحصته والمضارب يعمل لرب المال فبقي عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب
بمال المضاربة وهو الف عبدا قيمته الف فقتل عمدا فلرب المال القصاص لان
العبد ملكه على الخلوص لا حق للمضارب فيه وان كانت قيمته الفين لم يكن فيه قصاص
وان اجتمعا لان ملك كل واحد منهما لم يتعين اما رب المال فلان راس ماله ليس هو
العبد وانما هو الدراهم ولو اراد ان يعين راس ماله في العبد كان للمضارب ان يمنعه
من ذلك حتى يبيع ويدفع اليه من الثمن واذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب
قبل استيفاء راس المال واذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجب القصاص لواحد منهما وان
اجتمعا ويوخذ من قيمة العبد من القاتل في ماله في ثلاث سنين لان القصاص سقط
في القتل العمد لمانع مع وجود السبب فتجب الدية في ماله ويكون الماخوذ على المضاربة
يشتري به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضاربة فيكون على المضاربة كالثمن وذكر
محمد في النوادر اذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد الف فقتل رجل احد
العبدين عمدا لم يكن لرب المال عليه قصاص لان ملك رب المال لم يتعين في العبد
المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته في ماله ويكون في المضاربة لما قلنا ثم في كل
موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضاربة وفي كل موضع وجب بالقتل مال
فالمال على المضاربة لان القصاص اذا استوفي فقد هلك مال المضاربة وهلاك مال
المضاربة يوجب بطلان المضاربة والقيمة بدل مال المضاربة فكانت على
المضاربة كالثمن قال محمد رحمه الله واذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة عبدا يساوي
الفا فقتله رجل عمدا فلا قصاص فيه لا لرب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا اما
رب المال فلانه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا لراس المال بالقصاص لان
القصاص ليس بمال ولهذا لو عفا المريض عن القصاص كان من جميع المال واذا لم يصر مستوفيا
راس ماله يستوفي راس المال من بقية المال واذا استوفى تبين ان العبد كان ربحا فتبين
انه انفرد باستيفا القصاص عن عبد مشترك واما المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك
ولا يجوز لهما الاجتماع على الاستيفا لهذا المعنى وهو ان كل واحد منهما غير متعين ولا خلاف بين
اصحابنا في القتل العمد اذا ادعى على عبد المضاربة انه هل يشترط حضور المولى لسماع
البينة قال ابو حنيفة ومحمد يشترط وقال ابو يوسف لا يشترط وجه قوله ان العبد

في باب القصاص مبني على اصل الحرية بدليل انه لو اقر به يجوز اقراره وان كذبه المولى
ولا يتوقف سماع البينة عليه على حضور المولى كالحر ولهذا ان هذه البينة يتعلق بها
استحقاق رقبة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القايمة على استحقاق الملك والبينة
القايمة على جناية الخطأ وقد قالوا جميعا لو اقر العبد بقتل عمد فكذبه المولى والمضارب
لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده وهو مما يملك فيملكه
العبد كالطلاق فان كان الدم بين شريكين وقد اقر به العبد فعفا احدهما
فلا شيء للاخر لان موجب الجناية انقلبت مالا واقرار العبد غير مقبول في حق المال
فصار كانه اقر بجناية الخطأ فان كان رب المال صدقه في اقراره وكذبه المضارب
قيل لرب المال ادفع نصيبك او افده فان كان المضارب صدقه وكذبه رب
المال قيل للمضارب ادفع نصيبك او افده وصار كاحد الشريكين اذا اقر في العبد
بجناية وكذبه الاخر واما وجوب القصاص على عبد المضاربة وان لم يجب بقتله
القصاص لان عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فاذا كان هو القاتل
فالمستحق للقصاص هو ولي القتيل وانه متعين وتجوز المرابحة بين رب المال
وبين المضارب وهو ان يشتري رب المال من مضاربه فيبيعه مرابحة او يشتري المضارب
من رب المال فيبيعه مرابحة لكن يبيعه على اقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه
كيف شا وانما كان كذلك لان جواز شرا رب المال من المضارب والمضارب من رب المال
ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال يشتري مال نفسه بمال نفسه
والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال اذ المال ماله والقياس يابى ذلك
الا انا استحسنا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك التصرف فجعل ذلك
بيعا في حقهما لا في حق غيرهما بل جعله في حق غيرهما ملحقا بالعدم ولان المرابحة
بيع بخبر البايع من غير بينة واستحلاف فيجب صيانته عن الجناية وعن شبهة الجناية
ما امكن وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما لجواز ان رب المال باعه من المضارب باكثر من قيمته
ورضي به المضارب لان الجود بمال الغير امر سهل فكانت تهمة الجناية ثابتة والتهمة في هذا
الباب ملحقة بالحقيقة فلا يبيع مرابحة الا على اقل الثمنين وبيان ذلك في مسايل اذا دفع الى
رجل الف درهم مضاربة فاشترى رب المال عبدا بخمسماية فباعه من المضارب بالف فان
المضارب يبيعه مرابحة على اقل الثمنين وذلك خمسماية الا اذا بين الامر على وجهه فانه يبيعه
كيف شا لان المانع هو التهمة وقد زالت ولو اشترى المضارب عبدا بالف المضاربة
فباعه من رب المال بالف ومايتين باعه رب المال مرابحة بالف وماية ان كانت المضاربة
بالنصف لان الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا تهمة في حصة المضارب لانه لا حق
فيه لرب المال وصار كان رب المال اشترى ذلك من اجنبي وتمكنت التهمة في حصة رب المال
لانه ماله بعينه فكانه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح الا اذا بين الامر على
وجهه فيبيعه كيف شا ولو اشترى رب المال سلعة بالف درهم تساوي الفا
وخمسماية فباعها من المضارب بالف وخمسماية فان المضارب يبيعها مرابحة بالف ومايتين
وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا وقال ابن سماعة في نوادره سمعت
ابا يوسف في مسألة المضاربة وهو اخر ما قال اذا اشترى رب المال عبدا بالف

فباعه

فباعه من المضارب بماية وراس المال الف في يد المضارب فان المضارب يبيعه على ماية
وكذلك لو اشتراه المضارب بالف فباعه من رب المال بماية يبيعه ابدا على اقل الثمنين
لانه لا تهمة في الاقل وانما التهمة في الزيادة فتثبت ما لا تهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة
ولو اشتراه رب المال بخمسماية فباعه من المضارب بالف وماية فانه يبيعه مرابحة على خمسماية
وخمسين لان الماية الزايدة على الالف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب
المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح الى القدر الذي اشتراه رب المال ويسقط
خمسماية لانها نصيب رب المال ويسقط خمسون لانها حق رب المال من الربح فيبيعه مرابحة
على خمسماية وخمسين ولو اشتراه المضارب بستماية باعه مرابحة بخمسماية لانه لا فضل في
ثمنه على راس المال فيسقط كل الربح ويباع باقل الثمنين والاصل ان المضارب يحتسب شيا
من حصته لنفسه حتى يكون ما نقد اكثر من الف فيحتسب من حصته نصف ما زاد على الالف
لانه اذا لم يزد على الف بان اشترى بمثل راس المال او باقل منه وليس في المال ربح لم يتعين
له في الشراء حق لكونه مشغولا براس المال فلا يظهر له الربح كانه اشترى ولا ربح في يده
وعلى هذا القياس تجري المسايل لمن كان شرا المضارب باقل الثمنين فان كان للمضارب
حصة ضمها الى اقل الثمنين واذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على اقل الثمنين ويضم اليه
حصة المضارب ولو كان المضارب اشتراه بخمسماية ثم باعه من المضارب بالفين
فان المضارب يبيعه بالف وخمسماية راس المال وخمسماية حصة المضارب من الالفين لان
نصيب رب المال من الثمن الف وخمسماية فيسقط الزيادة فيها على راس المال وهو الف ويبقى
من نصيب رب المال خمسماية ونصيب المضارب خمسماية ورب المال فيها كالاجنبي فيبيعه
مرابحة على الف ولو كان المضارب اشتراه بالف وباعه من رب المال بالفين باعه رب المال
بالف وخمسماية لان الالف راس المال وخمسماية نصيب المضارب ورب المال فيها كالاجنبي
وخمسماية نصيب رب المال فيجب اسقاطها قال ابن سماعة وروي عن ابي يوسف انه
قال وهو قوله الاخير ان رب المال اذا اشترى عبدا بعشرة الاف ثم باعه من المضارب
بماية باعه المضارب مرابحة على ماية وكذلك لو اشتراه المضارب بعشرة الاف فباعه رب المال
بماية باعه رب المال مرابحة على ماية لان البيع على اقل الثمنين لا تهمة فيه ولانه اشتراه
باقل الثمنين فلا يجوز ان يزيد على الثمن الذي اشتراه فان قيل كيف يجوز للمضارب الحط على
قول ابي يوسف فالجواب انه انما لا يجوز حطه عند ابي يوسف ومحمد لحق رب المال فاذا
باع من رب المال وحط فقد رضي رب المال بذلك فجاز واما على قول ابي يوسف
الاول الذي اشار اليه ابن سماعة فهو ان الحط لا يجوز لانه قال اذا كان راس المال الف
فربح فيها الفا ثم اشترى بالفين جارية ثم باعها من رب المال بالف وخمسماية فان رب
المال يبيعها مرابحة على الف وسبعماية وخمسين لان المضارب حط من الثمن خمسماية
نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو يملك في حصة نصيبه ولا يملك ذلك في
مال المضاربة في قول ابي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مرابحة
على الف وسبعماية وخمسين فينبغي على هذا القول اذا باع مرابحة ان يقول قامت علي بكذا او
يقول اشتريتها بكذا لان الزيادة لحقت بالثمن حكما والشرا ينصرف الى ما وقع العقد به
والصحيح قول الاخير لما ذكرنا ان عدم جواز الحط في مال المضاربة لحق رب المال

فإذا اشترى هو فقد رضي بذلك فكأنه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لأجنبي وذكر
محمد رحمه الله في كتاب المضاربة لو اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بألفين
ألف رأس المال وألف ربح فإن المضارب يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة ويسقط من ذلك
ربح رب المال ويبيع على رأس المال وربح المضارب لما بينا ولو كان رب المال اشترى العبد
بخمسمائة والعبد يساوي ألفين فباعه من المضارب بألفين فإن المضارب يبيعه مرابحة
على ألف لأن رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وما سوى ذلك ربح
المالك فلا يثبت حكمه على ما بينا فيما تقدم إلا إذا بين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء
لأن المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فإذا بين فقد زالت التهمة فيجوز البيع **ولو اشترى** رب
المال بألف وقيمته ألف فباعه من المضارب بألفين ألف مضاربة وألف ربح فإن المضارب
يبيعه مرابحة على ألف لأنه لما اشترى ما قيمته ألف ذهب ربحه فلم يبق في المال حصة وصار
كله مال رب المال فباعه على رأس ماله **ولو كان** رب المال اشتراه بخمسمائة والمسألة على
حالها فإن المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة لأنه لم يبق للمضارب حصة فصار رأس مال
رب المال بعضه ببعض فيبيعه على رأس المال الأول **ولو كان** رب المال اشتراه بألفين
وقيمته ألف فباعه من المضارب بألفين فإن المضارب يبيعه بألف ولا يبيعه على أكثر من
ذلك لأن قيمته ألف فليس فيه ربح يبيعه عليه ولأن رب المال لما باعه بألفين ما يساوي
ألفا وهما متهمان في حق الألف في العقد فصار كأنه أحد الألفين لا بطريق البيع وباع العبد
بألف فلا يبيعه على أكثر من ذلك **ولو كان العبد** يساوي ألفا وخمسمائة والمسألة بحالها وقد
اشتراه بألف وأراد المضارب أن يبيعه مرابحة باعه مرابحة على ألف ومائتين وخمسين لأن في
العبد ربحا للمضارب ونصيبه من الربح **وذكر محمد رحمه الله** في الأصل إذا اشترى المضارب
عبدا بألف درهم مضاربة فباعه من رب المال بألفين ثم إن رب المال باعه من أجنبي مساومة
بثلاثة آلاف ثم اشتراه المضارب من الأجنبي بألفي درهم فإن أراد أن يبيعه مرابحة لم يجز له
ذلك في قول أبي حنيفة إلا أن يبين الأمر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه مرابحة
على ألفين وهذه فريعة مسألة مذكورة في البيوع وهي ما إذا اشترى شيئا فربح فيه ثم ملكه
بشراء آخر فأراد أن يبيعه مرابحة فإن عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من
العقود وفي مسألتنا قد ربح فيه رب المال ألفي درهم لأن المضارب لما اشتراه بألف وباعه
من رب المال بألفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما باعه رب المال بثلاثة
آلاف فقد ربح فيه ألفا وخمسمائة لأنه قام عليه بألف وخمسمائة مقدار رأس المال ونصيب
المضارب من الربح إذا ضممت إلى ذلك فقد ربح ألفين فإذا اشتراه المضارب بألفين
وجب أن تطرح الألفين من رأس المال فلا يبقى شيء فلهذا لم يجز البيع مرابحة إلا بعد أن
يبين **وأما** على قولهما فإنما يعتبر العقد الآخر خاصة فالربح في العقد الأول لا يحط
من الثاني فيبيعه مرابحة على جميع الألفين حتى لو اشترى المضارب عبدا بألف فباعه من رب
المال بألف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بألف وستمائة ثم إن المضارب اشتراه من
الأجنبي بألف درهم فأراد أن يبيعه مرابحة باعه على ألف وأربعمائة في قول أبي حنيفة لأن
رب المال قد ربح فيه ستمائة لأن المضارب لما اشتراه بألف باعه من رب المال بألف
وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون فكان رب المال اشتراه بألف ومائتين

وخمسين

وخمسين رأس المال وحصة المضارب فلما باعه بألف وثمانمائة فقد ربح ثلثمائة وخمسين
وقد كان ربح مائتين وخمسين ربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى
ألف وأربعمائة ولو اشترى المضارب عبدا بألف فولاه رب المال ثم إن رب المال باعه من
أجنبي بألف وخمسمائة ثم إن المضارب اشتراه من الأجنبي مرابحة بالألفين ثم إن رب المال حط
عن الأجنبي ثلثمائة فإن الأجنبي يحط عن المضارب أربعمائة لأن رب المال لما حط عن الأجنبي
ثلثمائة استند ذلك الحط إلى العقد فكان ذلك المقدار لم يكن فيطرح من رأس المال ويطرح
حصته من الربح وقد كان الأجنبي ربح مثل ثلث الثمن فيطرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط
عن المضارب أربعمائة وإن أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مرابحة باعه على ألف ومائتين
لأن رب المال ربح أربعمائة ألا ترى أنه باعه من الأجنبي فربح خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا الحط
من رأس المال والربح جميعا مائتين من رأس المال ومائة من الربح فلما سقط من الربح مائة بقي
الربح أربعمائة فلما اشتراه المضارب بالألفين ثم حط عنه أربعمائة صار مشتريا له بألف وستمائة
فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أربعمائة فيبيعه على ما بقي ويجوز المرابحة بين
المضاربين كما يجوز بين المضارب ورب المال قال محمد في الأصل إذا دفع الرجل إلى رجل ألف
درهم مضاربة بالنصف ودفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى أحد المضاربين
عبدا بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بألف فأراد الثاني أن يبيعه مرابحة
باعه على خمسمائة وهو أقل الثمنين لأن مال المضاربتين لرجل واحد فصار بيع أحدهما
من الآخر في حق الجانب كبيع الإنسان ماله بماله فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين ولو باعه
الأول من الثاني بالألفين ألف من المضاربة وألف من مال نفسه فإن الثاني يبيعه مرابحة
على ألف ومائتين وخمسين لأن الثاني اشترى نصفه لنفسه بألف وقد كان الأول
اشترى ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثاني مرابحة على ألف لأنه لا نصيب
لواحد منهما في شراء صاحبه فصار كالأجنبي فأما النصف الذي اشترى الثاني بألف المضاربة
فقد كان الأول اشتراه بألف المضاربة فباعه من الثاني بالألفين للمضاربة ألف رأس المال
وألف ربح فإن الثاني يبيعه مرابحة بألف وخمسمائة لأنه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته
من الربح وأقل الثمنين ألف وحصته من الربح خمسمائة وإن كان الأول اشتراه بخمسمائة
والمسألة بحالها باعه الثاني على ألف لأن أقل الثمنين خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة
فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين وحصته من الربح والربح في المضاربة بينهما على الشرط والوضيعة
على رب المال والقول قول المضارب في دعوى الهلاك قول المضارب لأن المال أمانة
في يده والله أعلم **أما** الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في مال
المضاربة شيئان أحدهما النفقة والكلام في النفقة في مواضع في بيان وجوبها وفي بيان
شرط الوجوب وفي ما فيه النفقة وفي تفسير النفقة وفي قدرها وفيما تحتسب النفقة منه
أما الوجوب فلأن الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقل لا يسافر بماله
غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم يجعل نفقته
في مال المضاربة لامتنع الناس عن قبول المضاربات مع مساس الحاجة إليها فكان إقدامهما
على هذا العقد والحال ما وصفنا إذنا من رب المال للمضارب بالإنفاق من مال المضاربة
فكان مأذونا بالإنفاق دلالة فصار كما لو أذن له به نصا وإنه يسافر لأجل المال

لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب لا محالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبضع لانه
يسافر بمال الغير على وجه التبرع وبخلاف الاجير لانه يعمل ببدل لازم في ذمة المستاجر
لا محالة فلا يستحق النفقة وهكذا روى ابن سماعة عن محمد في الشريك اذا سافر بالمال انه
ينفق من المال كالمضارب واما شرط وجوبها فخروج المضارب بالمال من المصر فان نفقته
في مال نفسه لا في مال المضاربة وان انفق منه شيئا ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت في المصر
وكذا اقامته في المصر لا تكون لاجل المال لانه كان مقيما قبل ذلك فلا يستحق النفقة
ما لم يخرج من ذلك المصر سواء كان خروجه بالمال مدة سفر او اقل من ذلك حتى لو خرج
من المصر يوما او يومين فله ان ينفق من مال المضاربة كذا ذكره محمد عن نفسه وعن ابي
يوسف في كتاب المضاربة لوجود الخروج من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر الذي
قصده فان كان ذلك مصره [illegible] او كان له في ذلك المصر اهل سقطت نفقته حين دخله
لانه يصير مقيما بدخوله فيه لا لاجل المال وان لم يكن ذلك مصره ولا له اهل فيه لكنه اقام
فيه للبيع والشراء لا يسقط نفقته ما اقام [illegible] ان نوى الاقامة خمسة عشر يوما فصاعدا ما لم
يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه دار [illegible] لانه اذا لم يتخذه دار اقامة كانت
اقامته فيه لاجل المال وان اتخذه وطنا كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن
الاصلي فالحاصل انه لا يبطل نفقة المضاربة بعد المسافرة بالمال الا باقامته في مصره
او في مصر يتخذه دار اقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية
العود الى المصر الذي اخذ المال فيه مضاربة فان نفقته في مال المضاربة حتى يدخله
فاذا دخله فان كان ذلك مصره او كان له فيه اهل سقطت نفقته والا فلا ولو اخذ
المضارب مالا بالكوفة وهو من اهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة
له في المال ما دام بالكوفة لما قلنا فاذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتي البصرة
لان خروجه لاجل المال ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة لان البصرة وطن اصلي
له فكان اقامته فيها لاجل الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة له ان ينفق
من المال الى ان يأتي الكوفة لان خروجه من البصرة لاجل المال وله ان ينفق ايضا
ما اقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامة وانه
يبطل بالسفر فاذا عاد اليها وليست له وطن كانت اقامته فيها لاجل المال فكان نفقته
فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته في مال المضاربة حرا كان
او عبدا او اجيرا للخدمة او يخدم دابته لان نفقتهم كنفقة نفسه لانه لا يتهيأ له
السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم
في مال المضاربة ونفقتهم على رب المال خاصة لان اعانة عبيد رب المال كاعانة
رب المال بنفسه ورب المال لو اعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال
المضاربة كذا عبده فاما [illegible] المضارب فهو كالمضارب والمضارب اذا عمل في المال
انفق منه كذا عبده واما بيان ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضاربة وله ان
ينفق من مال نفسه ما له ان ينفقه من مال المضاربة على نفسه ويكون دينا في المضاربة
حتى كان له ان يرجع فيها لان الانفاق من المال وتدبيره اليه فكان له ان ينفق من ماله
ويرجع به الى مال المضاربة كالوصي اذا انفق على الصغير من مال نفسه كان له ان

يرجع

يرجع بما انفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذا له ان يرجع بما انفق على مال المضاربة
لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشيء كذا ذكر محمد في
المضاربة لان نفقة المضارب في مال المضاربة فاذا هلك هلك بما فيه كالدين يسقط
بهلاك الرهن والزكوة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية يسقط بالعبد الجاني واما
تفسير النفقة التي في مال المضاربة فالكسوة والطعام والادام والشراب واجر الاجير
وفراش ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه وغسل ثيابه
ودهن السراج والحطب ونحو ذلك ولا خلاف بين اصحابنا في هذه الجملة لان المضارب
لا بد له منها فكان الاذن بها ثابتا من رب المال دلالة واما ثمن الدواء والحجامة
والفصد والنورة والادهان وما يرجع الى التداوي وصلاح البدن ففي ماله
خاصة لا في مال المضاربة وذكر الكرخي في مختصره في الدهن خلاف محمد انه في مال
المضاربة وذكر في الحجامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد انه قال على
قياس قول ابي حنيفة يكون في مال المضاربة والصحيح انه يكون في ماله لان وجوب
النفقة للمضارب في المال لمكان الاذن الثابت عادة وهذه الاشياء غير معتادة
ولهذا اذا قضى القاضي بالنفقة يقضي بالادام والكسوة ولا يقضي بهذه الاشيا
واما الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والادام وقال بشر في نوادره سالت
ابا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لانه من الماكول المعتاد واما بيان قدر
النفقة فهو ان يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاوز ذلك ضمن الفضل
لان الاذن ثابت بالعادة فيعتبر الفعل المعتاد وسواء سافر براس المال او بمتاع من
المضاربة لان سفره في الحالين لاجل المال ولو سافر فلم ينفق لم يشتر متاعا من حيث
قصد وعاد بالمال فنفقته ما دام مسافرا في مال المضاربة لان عمل التجارة على هذا
وهو ان يشتري في وقت دون وقت ومكان دون مكان وسواء سافر بمال
المضاربة وحده او بماله ومال المضاربة او بمال المضاربة لرجل او لرجلين فله النفقة
غير انه ان سافر بماله ومال المضاربة او بمال لرجلين كانت النفقة في المالين بالحصص
لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فيهما فان كان احد المالين مضاربة لرجل
والاخر بضاعة لرجل اخر فنفقته في مال المضاربة لان سفره لاجلها لا لاجل البضاعة
لانه متبرع بالعمل بها الا ان يتفرغ لعمل البضاعة فينفق من مال نفسه لانه ترك العمل في
المضاربة وليس على رب البضاعة شيء الا ان يكون اذن له في النفقة فيها لانه متبرع باخذ
البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضاربة بماله وقد اذن له في ذلك
فالنفقة بالحصص لان سفره لاجل المالين واما ما يحتسب النفقة فيه فالنفقة
تحتسب من الربح اولا ان كان في المال ربح وان لم يكن فهو من راس المال لان النفقة جزء هالك
من المال والاصل ان الهلاك ينصرف الى الربح ولانا لو جعلناها من راس المال خاصة
او في نصيب رب المال من الربح لازداد نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال
واذا رجع المضارب الى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده الى المضاربة
لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد
ما بقي الى المضاربة وروى المعلى عن ابي يوسف اذا كان مع الرجل الف درهم مضاربة

فاشترى عبدا بالالفين فانفق عليه فهو متطوع في النفقة لانه لم يبق في يده شيء من
راس المال فالنفقة تكون استدانة على المالك وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبي اذا
انفق على عبد غيره الا ان يكون القاضي امره بذلك فان رفعه الى القاضي فامره
القاضي بالنفقة عليه فما انفق فهو عليهما على قدر رؤوس اموالهما قال ابو يوسف وهذه
قسمة من القاضي بين المضارب وبين رب المال اذا قضى بالنفقة وانما صارت
النفقة دينا بامر القاضي لان له ولاية على الغائب في حفظ ماله وهذا من باب الحفظ
فيملك الامر بالاستدانة عليه وانما صار قضاء القاضي بالنفقة قسمة لوجود معنى
القسمة وهو التعريف لان القاضي لما الزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين
نصيبه ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب الا بعد تعيين راس المال وهذا معنى
القسمة ولو دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها الفان فالنفقة
على المضارب وعلى رب المال في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قول محمد النفقة
على رب المال كذا اطلق القدوري الاختلاف **وجه قول** محمد ان المضارب لم يتعين
له ملك لان راس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقته
عليه ويحتسب بها في راس ماله في رواية عنه وفي رواية اخرى عنه يقال لرب
المال انفق ان شئت ولهما ان نصيب المضارب من العبد على ملكه بدليل انه اذا اعتقه
ينفذ فيه فلا يجوز الزام رب المال الانفاق في ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما
بنفقة نصيبه فقد تعين الربح وراس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا
الخلاف العبد الابق من المضاربة اذا جاء به رجل وقيمته الفان وليس في يده من المضاربة
غير العبد ان الجعل عليهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان العبد على ملكهما وعند محمد
الجعل على رب المال يحتسب في راس ماله اذ هو زيادة في راس المال واذا بيع يستوفي
رب المال راس ماله والجعل وما بقي يكون بينهما على ما اشترطا من الربح قال بشر عن ابي
يوسف ان الجعل لا يحتسب به في مال المرابحة ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال
فان كان هناك ربح فالجعل منه والا فهو وضيعة من راس المال وانما لم يلحق الجعل
براس المال في باب المرابحة لان الذي يلحق براس المال في المرابحة ما جرت عادة التجار
بالحاقه به وما جرت عادتهم بالحاق الجعل ولانه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة
ما ليس بمعتاد **وانما** احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لزم
لاجل المال ويجوز ان يحتسب بالشيء فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق براس
المال في المرابحة كنفقة المضارب على نفسه والله اعلم **والثاني** فيما يستحقه المضارب
بعمله في المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى ان كان في المضاربة ربح وانما يظهر الربح
بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض راس المال فلا يصح قسمة الربح قبل قبض راس
المال حتى لو دفع الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فربح الفا فاقتسما الربح وراس
المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الالف التي في يد المضارب بعد
قسمتهما الربح فان القسمة الاولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من راس
ماله وما قبضه المضارب دين عليه يرده الى رب المال حتى يستوفي رب المال راس
ماله ولا يصح قسمة الربح حتى يستوفي رب المال راس المال والاصل في اعتبار هذا الشرط

ما روي

ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم
له ربحه حتى يسلم له راس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزايمه فدل
الحديث على ان قسمة الربح قبل قبض راس المال لا يصح ولان الربح زيادة والزيادة على
الشيء لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال اذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة
بحالها فلو صححنا قسمة الربح لثبت الفرع قبل الاصل وهذا لا يجوز فاذا لم تصح القسمة
فاذا هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسماه هو راس المال فوجب على المضارب ان
يرد منه تمام راس المال فان قبض رب المال الف درهم راس ماله اولا ثم اقتسما الربح ثم
رد الالف التي قبضها بعينها الى يد المضارب على ان يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة
مستقبلة فان هلكت في يده لم تنتقض القسمة الاولى لان رب المال لما استوفى راس
المال فقد انتهت المضاربة وصحت القسمة فاذا رد المال اليه فهذا عقد اخر فهلاك
المال فيه لا يبطل القسمة في غيره ولو كان الربح في المضاربة الاولى الفين واقتسما
الربح فاخذ رب المال الفا والمضارب الفا ثم هلك ما في يد المضارب فان القسمة
باطلة وما قبضه رب المال محسوب من راس ماله ويرد المضارب نصف الالف الذي قبض
لانه لما هلك في يد المضارب من راس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال
راس ماله واذا صار ذلك راس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون
بينهما على الشرط فيجب عليه ان يرد نصفه وكذلك ان كان قد هلك ما قبضه المضارب
من الربح يجب عليه ان يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه
فصار ذلك مضمونا عليه ولو هلك ما قبضه رب المال لم يتغير بهلاكه شيء لان ما هلك
بعد القبض يهلك في ضمان القابض بقاؤه وهلاكه سواء **قالوا** ولو اقتسما الربح
ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك راس المال قبل القسمة وقال رب المال
لم اقبض راس المال قبل ذلك فالقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه
تمام راس المال يحتسب على راس المال بما قبض من راس ماله ويتم له راس المال مما يرده
المضارب فان بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان
كذلك لان المضارب يدعي ايفاء راس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وان
كان امينا لكن القول قول الامين في اسقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم الى غيره
ولان المضارب يدعي خلوص ما بقي من المال للربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول
المضارب في الاستحقاق فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت ايفاء
راس المال **ولا يقال** ان الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ايفاء راس المال اذ الربح
لا يكون الا بعد الايفاء وهو شرط قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة
مع بقاء راس المال في يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهدا للمضارب وذكر ابن سماعة
في نوادره عن ابي يوسف في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة صحيحة ثم جعل رب
المال باحد الخمسين والعشرين لنفقة والمضارب يعمل بسفينة المال ويربح فيما يبيع
ويشتري ثم اصطلحا فانهما يحتسبان براس المال الف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما
نصفان ولا يكون ما اخذ رب المال من النفقة منقصا من راس المال ولكنهما يحتسبان
راس المال الفا من جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض

من راس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال راس ماله يوجب بطلان المضاربة
وهما لم يقصدا ابطالها فيجعل راس المال فيما بقي لئلا يبطل هذا كله اذا كان في المضاربة
ربح فان لم يكن فيها ربح فلا شي للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط له وهو
الربح ولم يوجد واما الذي يستحقه رب المال فالربح المسمى ان كان في المال ربح وان لم يكن
فلا شي له على المضارب هذا كله حكم المضاربة الصحيحة واما المضاربة الفاسدة
فليس للمضارب ان يعمل شيا مما ذكرنا ان له يعمله في المضاربة الصحيحة ولا يثبت
بها شي مما ذكرنا من احكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما
له اجر مثل عمله سوا كان في المضاربة ربح او لم يكن ولان المضاربة الفاسدة في معنى الاجارة
الفاسدة والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الاجارة الفاسدة وانما يستحق اجر المثل
والربح كله لرب المال لان الربح نما ملكه وانما يستحق المضارب شطرا منه بالشرط ولم يصح الشرط
فكان كله لرب المال والخسران عليه والقول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع في
المضاربة مع يمينه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وجعل المال في يده امانة كما في المضاربة
الصحيحة وذكر الطحاوي فيه اختلافا وقال لا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وعندهما يضمن
كما في الاجير المشترك اذا هلك المال في يده

فصل واما صفة هذا العقد
فهو انه عقد غير لازم ولكل واحد منهما اعني رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود
شرطه وهو علم صاحبه به لما ذكرنا في كتاب الشركة ويشترط ايضا ان يكون راس المال
عينا وقت الفسخ دراهم او دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف وراس المال
عروض وقت النهي لم يصح نهيه وله ان يبيعها لانه يحتاج الى بيعها بالدراهم والدنانير
ليظهر له الربح فكان النهي والفسخ ابطالا لحقه في التصرف ولا يملك ذلك وان كان راس
المال دراهم او دنانير وقت الفسخ والنهي صح الفسخ والنهي لكن له ان يصرف الدراهم الى الدنانير
والدنانير الى الدراهم لان ذلك لا يعد بيعا لاتحادهما في الثمنية

فصل واما حكم
اختلاف المضارب ورب المال فان اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعي العموم
بان ادعى احدهما المضاربة في جميع التجارات او في عموم الامكنة او مع عموم الاشخاص
لان قول من يدعي العموم يوافق المقصود بالعقد اذ المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود
في العموم اوفر وكذا لو اختلفا في الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعي الاطلاق حتى
لو قال رب المال اذنت لك ان تتجر في الحنطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت
لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه لان الاطلاق اقرب الى المقصود بالعقد
على ما بينا وقال الحسن بن زياد القول قول رب المال في الفصلين جميعا وقيل انه قول
زفر ووجهه ان الاذن مستفاد من جهة رب المال فكان القول في ذلك قوله فان قامت
لهما بينة فالبينة بينة من يدعي العموم في دعوى العموم والخصوص وفي دعوى التقييد
والاطلاق البينة بينة من يدعي التقييد لانها تثبت زيادة قيد وبينة الاطلاق
ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت
اليك المال مضاربة في البز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم
جميعا لانه لا يمكن الترجيح ههنا بالمقصود من العقد لاستوائهما في ذلك فيرجح بالاذن
وانما يستفاد من رب المال فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لان بينته

مثبته

مثبته وبينة رب المال نافية لانه لا يحتاج الى الاثبات والمضارب محتاج الى الاثبات
لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة اولى وقد قالوا في البينتين اذا تعارضتا
في صفة الاذن وقد وقتتا ان الوقت الاخير اولى لان الشرط الثاني ينقض الاول فكان
الرجوع اليه اولى وان اختلفا في قدر راس المال والربح فقال رب المال كان راس المال الفا
وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لي نصف الربح فان كان
في يد المضارب الفا درهم بعينها مال المضاربة فالقول قول المضارب في ان راس المال
الف والقول قول رب المال انه شرط ثلث الربح وهذا قول ابي حنيفة الاخير وهو قول ابي
يوسف ومحمد وكان قوله الاول ان القول قول رب المال في الامرين جميعا وهو قول زفر
وجه قوله الاول ان الربح مستفاد من اصل المال وقد اتفقا على ان جملة المال مضاربة
وادعى المضارب استحقاقا فيها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما اذا قال
المضارب بعض هذه الالفين خلطته بها او بضاعة في يدي لانهما ما اتفقا على كون
الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شي فالقول قوله وجه القول الاخير ان القول
في مقدار راس المال قول المضارب لانهما اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول
القابض الا ترى انه لو انكر القبض اصلا وقال لم اقبض منك شيا كان القول قوله فكذا اذا
انكر البعض دون البعض وانما كان القول قول رب المال في مقدار الربح لان شرط الربح
يستفاد من قبله فكان القول في المقدار المشروط قوله الا ترى انه لو انكر الشرط راسا
فقال لم اشترط لك ربحا وانما دفعت اليك بضاعة كان القول قوله فكذا اذا اقر
بالبعض دون البعض واذا كان القول قول المضارب في مقدار راس المال في قوله
الاخير والقول قول رب المال في قدر الربح في قولهم فيجعل راس المال درهم ويجعل للمضارب
ثلث الالف الاخر فلا يقبل قول رب المال في زيادة راس المال ولا يقبل قول المضارب
في زيادة شرط الربح وعلى قوله الاول ياخذ رب المال الالفين جميعا وان كان في يده
ثلثة الاف درهم فالمسئلة بحالها اخذ رب المال الف درهم على قوله الاخير واقتسما
ما بقي من المال اثلاثا وعلى قوله الاول ياخذ رب المال الفي درهم وياخذ ثلثا الالف
الاخرى لما بينا وان كان في يد المضارب قدر ما ذكر انه قبض من راس المال او اقل ولم يكن
في يده اكثر مما اقر فالقول قول المضارب عندهم جميعا لانه لا سبيل الى قبول قول رب
المال في ايجاب الضمان على المضارب فان جاء المضارب بثلاثة الاف فقال الف راس المال
والف ربح والف وديعة لاخر او مضاربة لاخر او بضاعة لاخر او شركة لاخر او على
الف دين فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الالف وفي
كلها لان من في يده شي فالظاهر انه له الا ان يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال
بهذه الالف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع
يمينه ومن اقام منهما بينة على ما ادعى من فضل فالبينة بينته لان بينة كل واحد منهما
منهما تثبت زيادة فبينة رب المال تثبت زيادة في راس المال وبينة المضارب
تثبت زيادة ربح وقال اذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة
دراهم وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على
شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها الا فساد العقد فلا يقبل قوله

وان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت زيادة شرط ولو قال رب
المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول رب
المال لانه اقر له ببعض الثلث والمضارب يدعي تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة
شرط الربح وفي هذا نوع اشكال وهو ان المضارب يدعي صحة العقد ورب المال يدعي
فساده فينبغي ان يكون القول قول المضارب **والجواب** ان دعوى رب المال وان تعلق
بها فساد العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر انكاره لانه مفيد في الجملة
ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي مائة درهم او لم تشرط
شيئا ولي اجر المثل فان القول قول رب المال لان المضارب يدعي اجرا واجبا في ذمة
رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فان اقام رب المال البينة على شرط
النصف واقام المضارب البينة على انه لم يشترط له شيئا فالبينة بينة رب المال لانها مثبتة
للشرط وبينة المضارب نافية فالمثبتة اولى **ولو اقام** المضارب البينة انه شرط له مائة
درهم فبينته اولى لان البينتين استويا في اثبات الشرط وبينة المضارب اوجبت حكما
زائدا وهو ايجاب الاجر على رب المال فكانت اولى وذكر الكرخي انهم جعلوا حكم المزارعة
في هذا الباب حكم المضاربة الا في هذا الفصل خاصة وهو انه اذا اقام رب الارض
والبذر البينة على شرط للعامل نصف الخارج وقال العامل شرطت لي مائة قفيز فالبينة
بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما ان المزارعة عقد
لازم في جانب العامل بدليل انه لا بد من حصته اذا امتنع عن العمل يجبر عليه فرجحنا
بينة من يدعي الصحة والمضاربة ليست بلازمة فان المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر
عليه فلم ينفع الترجيح بالصحيح فرجحنا بايجاب الضمان وهو الاجر **ولو قال** رب المال
دفعت اليك بضاعة وقال المضارب مضاربة بالنصف او بمائة درهم فالقول
قول رب المال لان المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله
انه لم يشترط ولان المضارب يدعي استحقاقا في مال غيره فالقول قول صاحب المال
ولو قال المضارب اقرضتني المال والربح لي وقال رب المال دفعت اليك مضاربة
او بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه التمليك وهو منكر فان
اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت التمليك ولانه لا تنافي بين البينتين
لجواز ان يكون اعطاه بضاعة او مضاربة ثم اقرضه **ولو قال** المضارب دفعت الي
مضاربة وقال رب المال اقرضتك فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على ان الاخذ
كان باذن رب المال ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو منكر فكان القول قوله
فان قامت لهما البينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت الضمان **ولو جحد** المضارب
المضاربة اصلا ورب المال يدعي دفع المال اليه مضاربة فالقول قول المضارب
لان رب المال يدعي عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله **ولو جحد** ثم اقر به
فقد قال ابن سماعة في نوادره سمعت ابا يوسف قال في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة
ثم طلبه منه فقال لم تدفع لي شيئا ثم قال بلى استغفر الله قد دفعت الي الف درهم
مضاربة فهو ضامن للمال فهو امين والامين اذا جحد الامانة ضمن كالمودع وهذا
لان عقد المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جحوده فسخا له

ودفعا له

ورفعا له واذا ارتفع العقد صار المال مضمونا عليه كالوديعة فان اشترى بها
مع الجحود كان مشتريا لنفسه لانه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة لان من حكم المضاربة
ان يكون المال امانة في يد المضارب فاذا صار ضمينا لم يبق شيئا **فان اقر** بعد الجحود لم يرتفع
الضمان لان العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود الا بسبب جديد **فان اشترى** بها بعد الاقرار
فالقياس ان يكون ما اشترى لنفسه لانه قد ضمن المال بجحوده فلا يبرأ منه بعد الاقرار الا بالقبض
او بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرأ من الضمان لان الامر بالشراء لم يرتفع
بالجحود بل هو قائم مع الجحود لان الضمان لا ينافي الامر **بدليل** ان من غصب من آخر شيئا فامر
المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب او بالشراء به صح الامر **وان كان** المغصوب مضمونا على
الغاصب واذا بقي الامر بعد الجحود فاذا اشترى بموجب الامر وقع الشراء للآمر ولن يقع الشراء له
الا بعد انتفاء الضمان **وصار** كالغاصب اذا باع المغصوب بامر المالك وسلم انه يبرأ عن الضمان
كذا هذا ولو قال المال صار مضمونا عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله فنقول العين المضمونة
يجوز ان يبرأ الضامن منها بفعله كالمغصوب منه اذا امر الغاصب ان يجعل المغصوب في موضع كذا
او يسلمه الى فلان انه يبرأ بذلك من الضمان **وكذلك رجل دفع** الى رجل الف درهم وامره ان يشتري
بها عبدا فجحده الالف ثم اقر بها ثم اشترى جاز الشراء ويكون للآمر ويبرأ الجاحد من الضمان
وان اشترى بها عبدا ثم اقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضارب **ولو كان دفع اليه**
الفا وامره ان يشتري بها عبدا بعينه ثم جحد الالف ثم اشترى بها العبد ثم اقر بالالف فان
العبد للآمر لان الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك ان يشتريه لنفسه فتعين ان يكون الشراء للآمر
فصار كانه اقر ثم اشترى **بخلاف المضارب** لانه يملك ان يشتري لنفسه فلا يحمل على الشراء
لرب المال الا ان يقر بالمال قبل الشراء **وقال** ابو يوسف في المأمور ببيع العبد اذا جحده اياه
وادعاه لنفسه ثم اقر له به فباعه ان البيع جائز وهو بريء من ضمانه **وكذلك لو دفع** اليه
عبدا فامره ان يهبه لفلان فجحده وادعاه لنفسه ثم اقر له به فوهبه فهو جائز وكذلك
ان امره بعتقه فجحده وادعاه لنفسه ثم اقر له به فاعتقه جاز عتقه لما ذكرنا
ان الامر بعد الجحود قائم فاذا جحده ثم اقر فقد تصرف بامر المالك فبرئ من الضمان
ولو باع العبد او وهبه او اعتقه ثم اقر بذلك بعد البيع قال ابن سماعة في نوادره
ما اذا دفع اليه الفا وامره ان يشتري بها عبدا بعينه انه يجوز ويلزم الآمر لانه لا يملك
ان يبيع العبد لنفسه **وقال هشام** سمعت محمدا قال في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة
فجاء بالف درهم مضاربة فجاء بالفين وخمسمائة فقال هذه الالف راس المال وهذه الخمسمائة
من ربح وسكت ثم قال علي دين لفلان كذا كذا قال محمد قبل قول المضارب وقال الحسن بن زياد
اذا اقر المضارب انه عمل بالمال وان في يده عشرة الاف فيها دين الف او الفان فقال ذلك
في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه سمى صاحبه او لم يسمه وان سكت
سكت ثم اقر بذلك وسمى صاحبه او لم يسمه لم يصدق قال هذا قياس قول ابي حنيفة وهذا
الذي ذكره الحسن يخالف ما ذكره محمد ووجهه انه اذا قال في يدي عشرة الاف وسكت فقد
اقر بالربح فاذا قال علي دين الف فقد رجع عما اقر به لان الربح لا يكون الا بعد قضاء الدين
والاقرار اذا صح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما اذا قال ذلك متصلا لان الاقرار لم يستقر
بعد فكان بمنزلة الاستثناء **وجه قول** محمد انه اقر بالدين في حال يملك الاقرار به

فينفذ اقراره كما اذا قال هذا ربح وعلي دين وقوله ان قوله علي دين بعد ما سكت يكون
رجوعا عما اقر به من الربح ممنوع فانه يجوز انه ربح ثم لزمه الدين الا ترى ان الرجل يقول قد
ربحت ولزمني دين وهو يملك الاقرار بالدين فاذا اقر به صح ولو جاء المضارب بالفين
فقال الف راس المال والف ربح ثم قال لم اربح الا خمسمائة ثم هلك المال كله في يد المضارب
فان المضارب يضمن الخمسمائة التي جحدها ولا ضمان عليه في باقي المال لان الربح امانة في يده فاذا
جحده فقد صار غاصبا بالجحود فيضمن اذا هلك ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت
اليك راس مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجع فقال لم ادفعه اليك ولكن هلك فانه
يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لانه صار جاحدا بدعوى الدفع فيضمن بالجحود ولذلك لو اختلفا
في الربح ثم رجع فقال لم ادفعه اليك ولكنه هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال
لما بينا ولو اختلفا في الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت لي النصف
ثم هلك المال في يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه الى رب المال من
ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لانا قد بينا ان القول في شرط الربح قول رب المال
واذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى امانة في يده لنفسه
لذلك يضمن سدس الربح والله اعلم

فصل

واما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد
المضاربة يبطل بالفسخ وبالنهي عن التصرف لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه
بالفسخ والنهي وان يكون راس المال عينا وقت الفسخ والنهي فان كان متاعا لم يصح وله ان يبيعه
بالدراهم والدنانير حتى ينض لما ذكرنا فيما تقدم وان كان عينا صح لكن له صرف الدراهم الى
الدنانير والدنانير الى الدراهم بالبيع لما ذكرنا ان ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معنى الثمنية
ويبطل بموت احدهما لان المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الوكيل والموكل وسوا
علم المضارب بموت رب المال او لم يعلم لانه عزل حكمي فلا يقف على العلم كما في باب الوكالة
الا ان راس المال اذا صار متاعا فللوكيل ان يبيعه حتى ينض لما بينا ويبطل بجنون احدهما
اذا كان مطبقا لانه يبطل اهلية الامر للامر واهلية التصرف للمامور وكل ما يبطل به الوكالة
يبطل به المضاربة وقد مر في كتاب الوكالة ولو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال
بعد الردة فذلك كله موقوف في قول ابي حنيفة ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله
والتحقت ردته بالعدم في جميع احكام المضاربة وصار كانه لم يرتد اصلا وكذا ان لحق بدار
الحرب ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه
للحكم بموته وصيرورة امواله ميراثا لورثته وان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب
وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة من يوم ارتد على اصل ابي حنيفة ان ملك المرتد موقوف
ان مات او قتل او لحق فحكم باللحوق يزول ملكه من وقت الردة الى ورثته ويصير كانه مات في ذلك
الوقت فيبطل تصرف المضارب بامره لبطلان اهلية الامر فان كان راس المال يومئذ قائما في
يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشترى وربحه يكون له لانه زال ملك رب المال عن
المال وانعزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفا في ملك الورثة بغير امرهم وان كان راس
المال متاعا فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض راس المال لما ذكرنا ان المضارب
في هذه الحالة لا ينعزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك ردته فان حصل في يد المضارب
المال دنانير وراس المال دراهم او حصل في يده دراهم وراس المال دنانير فالقياس ان لا يجعله له

التصرف لان الذي حصل في يده من جنس راس المال معنى لاتحادهما في الثمنية فيصير كان
عين المال قائم في يده الا انهم استحسنوا فقالوا ان باعه بجنس راس المال جاز لان على المضارب
ان يرد مثل راس المال فكان له ان يبيع ما في يده كالعروض واما على اصل ابي يوسف ومحمد فالردة
لا تقدح في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد ردة رب المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه
عندهما فان مات رب المال او قتل كان موته كموت المسلم في بطلان عقد المضاربة وكذلك ان لحق
وحكم بلحاقه لان ذلك بمنزلة الموت بدليل ان ماله يصير ميراثا لورثته فيبطل امره في المال
فان لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا لان وقوف تصرف رب
المال بنفسه لوقوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم يوجد منه
الردة فبقيت المضاربة الا انه لا عهدة على المضارب وانما العهدة على رب المال في قياس قول ابي
حنيفة لان العهدة تلزم بسبب المال فيكون على رب المال وصار كما لو وكل صبيا محجورا او عبدا
محجورا فاما على قولهما فالعهدة عليه لان تصرفه كتصرف المسلم ولو مات المضارب او قتل
على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضي
بلحاقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه فان لحق المضارب بدار الحرب
بعد ردته فباع واشترى هناك ثم رجع مسلما فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب يكون له ولا ضمان
عليه في شيء من ذلك لانه لما لحق بدار الحرب صار كالحربي اذا استولى على مال انسان ولحق
بدار الحرب انه يملكه فكذا المرتد واما ارتداد المراة وعدم ارتدادها سواء في قولهم جميعا
سواء كان المال لها او كانت مضاربة لان ردتها لا تؤثر في ملكها الا ان تموت فتبطل المضاربة
كما لو ماتت قبل الردة او تلحق بدار الحرب ويحكم بلحاقها لما ذكرنا ان ذلك بمنزلة الموت والله اعلم
ويبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل ان يشتري به شيئا في قول اصحابنا لانه تعين
لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلكه المضارب او انفقه
او دفعه الى غيره فاستهلكه لما قلنا حتى لا يملك ان يشتري به شيئا للمضاربة فان اخذ مثله
من الذي استهلكه كان له ان يشتري به على المضاربة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة لانه اخذ عوض
راس المال فكان اخذ عوضه بمنزلة اخذ ثمنه فيكون على المضاربة وروى ابن رستم عن محمد انه لو
اقرضه المضارب رجلا فان رجع اليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لانه وان تعدى فيه
لكنه زال التعدي فزال الضمان المتعلق به وان اخذ مثلها لم يرجع في المضاربة لان الضمان
بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان وهذا يخالف ما رواه الحسن عن ابي حنيفة
في الاستهلاك والله اعلم هذا اذا هلك مال المضاربة قبل ان يشتري المضارب به شيئا فان هلك
بعد الشراء به بان كان مال المضاربة الفا فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلك الالف
فقد قال اصحابنا ان الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالالف فيسلمها الى البائع وكذلك
ان هلكت الثانية التي قبض يرجع بمثلها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما
بعد ذلك ابدا حتى يسلم الى البائع ويكون ما دفعه اولا رب المال وما غرم كله من راس المال
وانما كان كذلك لان المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل
غير ان الفرق بين الوكيل والمضارب ان الوكيل اذا هلك الثمن في يده يرجع بمثله الى الموكل ثم هلك
الثاني لم يرجع على الموكل والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق ان الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل
لان المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح فاذا اشترى فقد حصل المقصود

فانتهى عقد الوكالة نهايته ووجب على الوكيل الثمن للبائع فاذا هلك في يده قبل ان
ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فاذا قبضه مرة فقد
استوفى حقه فلا يجب له عليه شيء اخر **فاما المضاربة** فانها لا تنتهي بالشرا لان المقصود منها
الربح وانه لا يحصل الا بالبيع والشرا مرة بعد اخرى فاذا بقي العقد فكان له ان يرجع ثانيا
وثالثا وما غرم رب المال مع الاول يصير كله راس المال لانه غرم لرب المال بسبب
المضاربة فيكون ذلك كله من مال المضاربة ولان المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يعتبر ما غرم
رب المال من راس المال ويهلك مجانا بغير دين رب المال لانه يخسر ويربح المضارب
وهذا لا يجوز **ولو قبض** المضارب الالف الاولى تتصرف فيها حتى صارت الفين ثم اشترى
بها جارية قيمتها الفان فهلك الالفان قبل ان ينقدها البائع فانه يرجع على رب المال بالف
وخمس مائة ويغرم المضارب في ماله خمس مائة وهي حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب
خاصة وثلثة ارباع الجارية على المضاربة وراس المال في هذه الثلثة الارباع الفان وخمس مائة
وانما كان كذلك لانه لما اشترى الجارية بالفين فقد اشتراها اربعا ربعها للمضارب وثلثة
ارباعها لرب المال لانه اشتراها بعد ما ظهر ملك المضارب في الربح لانه اشتراها بالفين
وراس المال الف فحصته رب المال من الربح خمس مائة وحصة المضارب خمس مائة فما اشتراه
لرب المال يرجع به عليه وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه وانما خرج ربع الجارية من المضاربة
وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزم رب المال لان القاضي لما الزمه ضمان حصته من الربح
فقد عينه ولا يتعين الا بالقسمة فخرج الربع من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزم
رب المال الف وخمس مائة بسبب المضاربة فصار ذلك زيادة في راس المال فصار راس المال
الفان وخمس مائة فان بيعت هذه الجارية باربعة الاف فالف منها للمضارب لان ذلك حصته
من الربح فكان ملكه وبقي ثلثة الاف على المضاربة لرب المال منها الفان وخمس مائة راس ماله
يبقى ربح خمس مائة فيكون بينهما نصفان على الشرط ولو كانت الجارية تساوي الفين والشرا بالف
وهي مال المضاربة فضاعت غرمها رب المال كلها لان الشرا اذا وقع بالف فقد وقع بثمن كل
راس المال وانما يظهر الربح في الثاني فيكون الضمان على رب المال **بخلاف** الفصل الاول
فان هناك الشرا وقع بالفين فظهر ربح المضارب وملك ربع الجارية فيغرم حصته ذلك الربع
من الثمن وروي عن محمد في المضارب اذا اشترى جارية بالفي درهم الف ربح وقيمتها الف فضاعت
الالفان قبل ان ينقدها البائع ان على المضارب الربع وهو خمس مائة وعلى رب المال الف وخمس مائة
وهذا على ما بينا قال محمد رحمه الله ولو اشترى جارية تساوي الفين بالف تساوي الفا وقبض
التي اشتراها ولم يدفع امه حتى ماتتا جميعا في يده فانه يغرم قيمة التي اشترى وهي الف ويرجع بذلك
لان المضمون عليه قيمة الجارية التي اشتراها ولا فضل في ذلك عن راس المال وهذا انما يجعل
وهو ان يشتري المضارب جارية قيمتها الف بالفين اذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل والكثير
والا فشرى المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم جميعا وذكر ابن سماعة عن محمد في موضع اخر في
نوادره في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال
ثلثة الاف فاشترى بثلثة الاف ثلثة اعبد كل قيمة كل عبد الف ولم ينقد المال حتى ضاع قال
يغرم ذلك كله على رب المال ويكون راس المال اربعة الاف لان المضارب لم يتعين له ملك
في واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز ان يكون راس المال ولهذا لا ينفذ عتقه فيهم في

بجميع

بجميع ثمنهم وقد علل محمد لهذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه في شيء من العبيد
وهذا يخالف ما ذكره الكرخي فانه قال ان محمدا يعتبر المضمون على المضارب الذي يغرمه
دون ما وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك
كان المعتبر ما يجب عليه ضمانه فان كان ما تضمنه زايدا على راس المال كان على المضارب حصته
ذلك والا فلا وهذا يخالف الاول لانا اذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن اكثر من راس المال
فاما ان يجعل عن محمد روايتان او يكون شرط فيما صار مضمونا على المضارب ان يتعين حصته
فيه وها هنا وان ضمن فانه لم يتعين حصته فيه وانما تعليله بعدم نفاذ العتق فلا يطرد
فانه لو اشترى بالالفين جارية تساوي الفا ايضا وان لم ينفذ عتقه فيها الا ان يكون جعل نفوذ
العتق في الجارية المشتراة بالفين وقيمتها الفان لوجوب الضمان عليه فما لا ينفذ عتقه فيه
يكون عكس العلة فلا يلزم طرده في جميع المواضع **وقال محمد** اذا اشترى المضارب عبدا بالف
درهم وهي مال المضاربة فنقد المال فقال رب المال اشتريته على المضاربة ثم ضاع المال وقال
المضارب اشتريته بعد ما ضاع وانا ادري ان المال عندي فاذا هو قد ضاع قبل ذلك فالقول
قول المضارب لان الاصل في كل من اشترى شيئا انه اشتراه لنفسه ولان الحال يشهد له ايضا وهي
هلاك المال فكان الظاهر شاهدا للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد في المضاربة الكبيرة
اذا اختلفا فقال رب المال ضاع قبل ان تشتري الجارية وانما اشتريتها لنفسك وقال المضارب
ضاع المال بعد ما اشتريتها وانما اريد ان اخذك بالثمن ولا اعلم متى ضاع فالقول قول رب
المال مع يمينه وعلى المضارب البينة انه اشترى والمال عنده وانما ضاع بعد الشرا لان رب المال
ينفي الضمان عن نفسه والمضارب يدعي عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعي وقوع العقد
له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهي الهلاك يشهد لرب المال فان اقاما
البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت الضمان فكانت اولى واذا انفسخت المضاربة ومال
المضاربة ديون على الناس وامتنع عن التقاضي والقبض فان كان في المال ربح اجبر على التقاضي
وان لم يكن فيه ربح لم يجبر على التقاضي والقبض وقيل له احل رب المال بالمال على الغرما لانه اذا
كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الاجرا والاجير والاجير مجبور على العمل فيما التزم
واذا لم يكن هناك ربح لم يسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلا فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر
الوكيل على قبض الثمن غير انه يومر المضارب او الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين
حتى يمكنه قبضه لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فلا يثبت للامر ولاية القبض الا باحالة
العاقد فلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوى حقه ولو نهى العاقد لرب المال هذا الدين الذي
عليه لم يجز ضمانه لان العاقد جعل امينا فلا يملك ان يجعل نفسه ضمينا فيما جعله العاقد
امينا ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فانه يعود دينا فيما خلف المضارب
وكذا المودع والمستعير والمستبضع وكل من كان في المال في يده امانة اذا مات قبل البيان
ولا تعرف الامانة بعينها فانه يكون عليه دينا في تركته لانه صار بالتجهيل مستهلكا
للوديعة ولا يصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال **ولو عين** الميت المال
في حال حيوته او علم ذلك تكون تلك الامانة في يد وصيه او في يد وارثه كما كانت
في يده ويصدقون على الهلاك والدفع الى صاحبه كما يصدق الميت في حال حيوته والله اعلم
تم كتاب المضاربة **كتاب الغصب** جمع محمد رحمه الله في كتاب الغصب

ب

اعلم

بين مسايل الغصب وبين مسايل الاتلاف وبدا بمسايل الغصب فنبدا بما بدا به فنقول
وبالله التوفيق معرفة مسايل الغصب في الاصل مبنية على معرفة حد الغصب وعلى معرفة
حكم الغصب وعلى معرفة حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه اما حد الغصب فقد اختلف
العلما فيه قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله هو ازالة يد المالك عن ماله المتقوم
على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال وقال محمد الفعل في المال ليس بشرط لكونه
غصبا وقال الشافعي رحمه الله هو اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه والازالة ليست
بشرط **اما الكلام** مع الشافعي فنحتاج لتمهيد اصله بقوله تعالى وكان وراءهم ملك ياخذ
كل سفينة غصبا جعل الغصب مصدر الاخذ فدل ان الغصب والاخذ واحد والاخذ
اثبات اليد الا ان الاثبات اذا كان باذن المالك يسمى ابتياعا واعارة وايداعا في عرف
الشرع فاذا كان بغير اذن المالك يسمى في متعارف الشرع غصبا ولان الغصب انما جعل
سببا لوجوب الضمان بوصف كونه تعديا فاذا وقع الاثبات بغير اذن المالك وقع تعديا
فيكون سببا لوجوب الضمان **والدليل** عليه ان غاصب الغاصب ضامن وان لم يوجد منه
ازالة يد المالك لزوالها بغصب الغاصب الاول وازالة الزايل محال والله اعلم **ولنا**
الاستدلال بضمان الغصب من وجهين احدهما ان المالك استحق يد الغاصب عن الضمان فلا
بد وان يكون الغصب منه ازالة يد المالك لان الله تعالى لم يشرع الاعتداء الا بالمثل بقوله
تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم **والثاني** ان ضمان الغصب
لا يخلو اما ان يكون ضمان زجر واما ان يكون ضمان جبر ولا سبيل الى الاول لانه يجب
على من ليس من اهل الزجر ولان الانزجار لا يحصل به فدل انه ضمان جبر والجبر يستدعي
الفوات فدل انه لا بد من التفويت لتحقق الغصب ولا حجة له في الاية لان الله تعالى
قد اضاف الملك تلك السفينة بغصبه اياها كان قال وكان وراءهم ملك ملك بغصب
كل سفينة وهذا لا يدل على ان كل اخذ غصب بل هي حجة عليه لان غصب ذلك الملك كان
اثبات اليد في السفينة مع ازالة ايدي المساكين عنها فدل ان الغصب اثبات على وجه
يتضمن الازالة **واما قوله** الغصب انما اوجب الضمان لكونه تعديا فسلم لكن التعدي في
الازالة لا في الاثبات لان وقوعه تعديا بوقوعه ضارا بالمالك وذلك باخراجه من ان
يكون منتفعا به في حق المالك واعجازه عن الانتفاع به وهو تفويت اليد وازالتها
فاما مجرد الاثبات فلا ضرر فيه فلم يكن الاثبات تعديا **وعلى هذا** الاصل تخرج زوايد
الغصب انها ليست بمضمونة سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة او متصلة
كالسمن والجمال لانها لم تكن في يد المالك وقت غصب الام فلم توجد ازالة يده عنها
فلم يوجد الغصب وعند محمد مضمونة لان الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير
اذن مالكه وقد وجد **وهل** تصير مضمونة عندنا بالبيع والتسليم والمنع او الاستهلاك
او الاستخدام جبرا اما المتصل فلا خلاف بين اصحابنا انها تصير مضمونة بها **واما** المنفصلة
فذكر في الاصل انها تصير مضمونة بالبيع والتسليم ولم يذكر الخلاف **وصورة** المسالة اذا غصب
جارية قيمتها الف درهم فازدادت في يدها خيرا حتى صارت قيمتها الفي درهم فباعها
وسلمها الى المشتري فهلكت في يده فالمالك بالخيار ان شا ضمن المشتري قيمتها وان
شا ضمن البايع وان اختار تضمين المشتري ضمنه قيمتها يوم القبض الفي درهم **وان اختار** تضمين

البايع

البايع ضمنه بالبيع والتسليم قيمتها الفي درهم ايضا كذا ذكر في الاصل ولم يذكر خلافا
وحكى بن سماعة عن محمد رحمه الله الخلاف انه على قول ابي حنيفة ان شا ضمن المشتري قيمتها
يوم القبض الفي درهم وان شا ضمن الغاصب قيمتها يوم الغصب الف درهم وليس له ان يضمنه
زيادة بالبيع والتسليم وهكذا ذكر الحاكم الشهيد في المنتقى وحكى الخلاف وهكذا ذكر
الطحاوي في مختصره الا انه للاستهلاك مطلقا فقال الا ان يستهلكها وفسر الجصاص
في شرحه مختصر الطحاوي فقال الا ان يكون عبدا او جارية فيقتل وهذا هو الصحيح ان
المغصوب اذا كان عبدا او جارية فقتله الغاصب خطا يكون المالك بالخيار ان شا
ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شا ضمن عاقلة القاتل قيمته وقت القتل زايدة
في ثلاث سنين **وجه قولهما** ان البيع والتسليم غصب لانه تفويت امكان الاخذ لان
المالك كان متمكنا من اخذه منه قبل البيع والتسليم وبعد البيع والتسليم لم يبق متمكنا
وتفويت امكان الاخذ تفويت اليد معنى فكان غصبا موجبا للضمان وهذا لان تفويت
يد المالك انما كان غصبا موجبا للضمان لكونه اخراج المال من ان يكون منتفعا به في
حق المالك واعجازه عن الانتفاع بماله وهذا يحصل بتفويت امكان الاخذ فيوجب الضمان
ولهذا يجب الضمان على غاصب الغاصب ومودع الغاصب والمشتري من الغاصب كذا هذا
ولابي حنيفة ان الاصل مغصوب بالغصب الاول فلا يتحقق البيع والتسليم غصبا له لان
غصب المغصوب لا يتصور والزيادة المتصلة لا يتصور افرادها بالغصب لتصير مغصوبة
بالبيع والتسليم بخلاف الزيادة المنفصلة فان افرادها بالغصب بدون الاصل متصور
ولم تكن مغصوبة بالغصب الاول لانعدامها فجاز ان تصير مغصوبة بالبيع والتسليم
فهو الفرق بين الزيادة وبخلاف القتل لان قتل المغصوب متصور لان محل القتل غير محل
الغصب فمحل القتل هو الحيوة ومحل الغصب هو مالية العين فتحقق الغصب لا يمنع تحقق
القتل الا ان المضمون واحد والمستحق للضمان واحد فيخير ولان الاصل مضمون بالغصب
السابق لا شك فيه فيصير مملوكا للغاصب من ذلك الوقت بلا خلاف بين اصحابنا والزيادة
بينا فالزيادة حدثت على ملك الغاصب لانها نما ملكه فيكون ملكه فكان البيع والتسليم
والمنع والاستخدام والاستهلاك في عين بني ادم مص فانه ملك نفسه ولا يكون مضمونا
كما لو تصرف في ساير املاكه بخلاف الزيادة المنفصلة لانا انما اثبتنا الملك بطريق الاسناد
فالمستند يظهر من وجه ويقتصر على الحال من وجه فيعمل بشبه الظهور في الزوايد المتصلة
وبشبه الاقتصار في المنفصلة اذ لا يمكن العمل به على العكس ليكون عملا بالشبهين بقدر
الامكان واما على طريق الظهور المحض فتخريجهما مشكل والله الموفق وبخلاف القتل لان العبد
انما يضمن بالقتل من حيث انه ادمي لا من حيث انه مال والغاصب انما ملكه بالضمان من
وقت الغصب من حيث انه مال لا من حيث انه ادمي لانه من حيث انه ادمي لا يحتمل التملك
فلم يكن هو بالقتل متصرفا في ملك نفسه لهذا افترقا والله اعلم **ثم على اصلهما** اذا اختار المالك
تضمين البايع هل يثبت له الخيار بين ان يضمنه الفي درهم وقت البيع وبين ان يضمنه الف درهم
وقت الغصب قال بعض مشايخنا يثبت وهذا غير سديد لان التخيير بين القليل والكثير عند
اتحاد الذمة من باب السفه بخلاف التخيير بين البايع والمشتري عند ابي حنيفة لان هناك
الذمة مختلفة فمن الجائز ان يكون احدهما مليا والاخر مفلسا فكان التخيير مفيدا وبخلاف

والقتل لان ضمان القتل ضمان الدم وانه موجل الي ثلاث سنين وضمان الغصب ضمان
المال وانه حال فكان التخيير معتبرا ثم **اذا ضمن** المالك الغاصب قيمة المغصوب حين وقت
الغصب او وقت البيع والتسليم جاز البيع لانه تبين انه باع ملك نفسه والثمن له لانه بدل
ملكه وان ضمن المشتري قيمته وقت القبض بطل البيع ورجع المشتري بالثمن على البائع لانه
تبين انه اخذه بغير حق وليس له ان يرجع على البائع بالضمان ولو غصب من انسان شيا ثم جاء اخر
وغصب منه وهلك في يده فالمالك بالخيار ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني اما تضمين
الاول فلوجود فعل الغصب منه وهو تفويت يد المالك واما تضمين الثاني فلانه فوت
يد الغاصب الاول ويده يد المالك من وجه لانه يحفظ ماله ويتمكن من رده على المالك ويستقر
بها الضمان في ذمته فكانت منفعة يده عايدة الي المالك فاشبه يد المودع فقد وجد
من كل واحد منهما منفعته سبب وجوب الضمان الا ان المضمون واحد فخير المالك لتعيين
المستحق فان اختار تضمين الاول رجع بالضمان على الثاني لانه ملك المغصوب من وقت
غصبه فتبين ان الثاني غصب ملكه وان اختار تضمين الثاني لا يرجع على احد لانه ضمن
بفعل نفسه وهو تفويت يد المالك من وجه على ما بينا وكذلك اذا استهلكه الغاصب الثاني
ومتى اختار تضمين احدهما هل يبرا الاخر عن الضمان بنفس الاختيار ذكر في الجامع انه يبرا
حتى لو اراد تضمينه بعد ذلك لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة في نوادره انه لا يبرا ما لم يرض
من اختار تضمينه او يقضي به عليه القاضي **وجه** رواية النوادر ان عند وجود الرضا
او القضا بالضمان صار المغصوب ملكا للذي ضمنه لانه باعه منه فلا يملك الرجوع
بعد تمليكه كما لو باعه من الاول فاما قبل وجود الرضا او القضا فلم يوجد منه التمليك
من احدهما فله ان يملك من ايهما شا وجه رواية الجامع ما ذكرنا انه باختياره تضمين
الغاصب الاخر اظهر انه راض باخذ الاول وانه ضمن له المودع وباختياره تضمين الاول
اظهر ان الثاني ما اتلف عليه شيا لانه لم يفوت يده والله اعلم ولو باع الغاصب
المغصوب من انسان فهلك في يده يخير المالك فيضمن ايهما شا فان ضمن الغاصب جاز
بيعه والثمن له لما ذكرنا وان ضمن المشتري بطل البيع ولا يرجع بالضمان على البائع ولكن
يرجع بالثمن عليه لما ذكرنا وكذلك لو استهلكه المشتري ولو كان المغصوب عبدا فاعتقه
المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك البيع نفذ اعتاقه استحسانا وعند محمد وزفر
لا ينفذ قياسا ولا خلاف في انه لو باعه المشتري ثم اجاز المالك البيع الاول لا ينفذ
البيع الثاني **وجه** القياس ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا عتق
فيما لا يملكه ابن ادم ولا ملك للمشتري في العبد لانه ملك المغصوب منه فلا ينفذ اعتاقه
فلم ينعقد عليه عقد الاجارة ولهذا لم ينفذ بيعه **وجه** الاستحسان ان اعتاق المشتري
صادف ملكا على التوقف فينعقد على التوقف كالمشتري من الوارث عبدا من التركة
المستغرقة بالدين اذا اعتقه ثم ابرا الغرما الميت عن ديونهم **والدليل** على ان الاعتاق
صادف ملكا على التوقف ان سبب الملك انعقد على التوقف وهو البيع المطلق الخالي
عن الشرط ممن هو من اهل البيع في محل قابل الا انه لم ينعقد دفعا للضرر عن المالك ولا
ضرر عليه في التوقف فيتوقف واذا توقف سبب الملك يتوقف الملك فيتوقف
الاعتاق بخلاف البيع فانه يعتمد شرطا اخر الا ترى انه لا يجوز بيع المنقول
قبل القبض مع قيام الملك لمعنى الغرر وفي توقف نفاذ البيع الثاني على البيع الاول

تحقيق

تحقيق معنى الغرر **ولو اودع** الغاصب المغصوب فهلك في يد المودع يخير المالك
في التضمين فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على احد لانه تبين انه اودع ملك نفسه
وان ضمن المودع يرجع على الغاصب لانه غره بالايداع فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان
الالتزام في الحقيقة ولو استهلكه المودع فالجواب على القلب من الاول انه ان ضمن الغاصب
فالغاصب يرجع بالضمان على المودع لانه تبين انه استهلك ماله وان ضمن المودع لم يرجع على
الغاصب لانه ضمن بفعل نفسه فلا يرجع على احد ولو اجر الغاصب المغصوب او رهنه
من انسان فهلك في يده يخير المالك فان ضمن الغاصب لا يرجع على المستاجر والمرتهن
لانه تبين انه اجر ورهن ملك نفسه الا ان في الرهن يسقط دين المرتهن على ما هو حكم هلاك
الرهن وان ضمن المستاجر او المرتهن يرجع على الغاصب بما ضمن والمرتهن يرجع بدينه ايضا اما
رجوع المرتهن بالضمان فلا شك فيه لصيرورته مغرورا واما رجوع المستاجر فلانه وان
استفاد ملك المنفعة لكن بعوض وهو الاجرة فيتحقق الغرور فاشبه المودع ولو استهلكه
المستاجر او المرتهن يخير المالك الا انه ان ضمن الغاصب يرجع على المستاجر والمرتهن لانه تبين
انه اجر ملك نفسه ورهن ملك نفسه فاستهلكه المستاجر والمرتهن وان ضمن المستاجر او
المرتهن لم يرجع على احد لانه ضمن بفعل نفسه والله اعلم **ولو اعاره** الغاصب فهلك في يد
المستعير يخير المالك وايهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه اما الغاصب فلا شك فيه لانه
اعار ملك نفسه فهلك في يد المستعير **واما** المستعير فلانه استفاد ملك المنفعة
فلم يتحقق الغرور والله اعلم بالصواب **وعلى هذا** يخرج منافع الاعيان المنقولة المغصوبة
انها ليست بمضمونة عندنا وعند الشافعي مضمونة نحو ما اذا غصب عبدا او دابة
فامسكه اياما ولم يستعمله ثم رده على مالكه لانه لم يوجد تفويت يد المالك عن المنافع
لانها اعراض تحدث شيا فشيا على حسب حدوث الزمان فالمنفعة الحادثة على يد
الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك فلم يوجد تفويت يد المالك عنها فلم يوجد الغصب
وعنده حد الغصب اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه وقد وجد في المنافع
والمنفعة مال بدليل انه يجوز اخذ العوض عنها في الاجارة ويصلح مهرا في النكاح فيتحقق
الغصب فيها فيجب الضمان **وعلى هذا** يخرج ما اذا غصب دارا او عقارا فانهدم شي من البنا
او جاء سيل فذهب بالبنا والاشجار او غلب الما على الارض فبقيت تحت الما انه لا ضمان
عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر وعند محمد وهو قول ابي يوسف الاول
يضمن وهو قول الشافعي فمحمد مر على اصله في حد الغصب انه اثبات اليد على مال الغير
بغير اذن مالكه وهذا يوجد في العقار كما يوجد في المنقول واما محمد رحمه الله فقد مر
على اصله في حد الغصب انه ازالة يد المالك عن ماله والفعل في المال ليس بشرط وقد وجد
تفويت يد المالك عن العقار لان ذلك عبارة عن اخراج المال من ان يكون منتفعا به
في حق المالك او اعجاز المالك عن الانتفاع به وهذا كما يوجد في المنقول يوجد في العقار
فيتحقق الغصب والدليل عليه مسالة ذكرها في الشهادات وهي ان من ادعى على اخر دارا
فانكر المدعا عليه فاقام المدعي شاهدين وقضى القاضي له بها ثم رجعا ضمنا كما لو
كانت الدعوى في المنقول فقد سوى بين العقار وبين المنقول في ضمان الرجوع فدل ان
الغصب الموجب للضمان يتحقق فيهما جميعا واما ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله فقد مرا على اصلهما

ان الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على ان هذا شرط تحقق الغصب الاسند لالـ بضمان الغصب فان اخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتدا بالمثل وعلى انا ان سلمنا تحقق الغصب في العقار فالاصل في الغصب ان لا يكون سببا لوجوب الضمان لان اخذ الضمان من الغاصب اتلاف ماله عليه الا ترى انه تزول يده وملكه عن الضمان فيستدعي وجود الاتلاف منه اما حقيقة او تقديرا لان الله لم يشرع الاعتدا الا بالمثل قال تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولم يوجد هاهنا الاتلاف من الغاصب لا حقيقة ولا تقديرا اما الحقيقة فظاهر واما التقدير فلان ذلك بالنقل والتحويل والتغييب عن المالك على وجه لا يقف على مكانه ولهذا لو حبس رجلا حتى ضاعت مواشيه وفسدت زروعه لا ضمان عليه والعقار لا يحتمل النقل والتحويل فلم يوجد الاتلاف حقيقة وتقديرا فينبغي الضمان لضرورة النص وعلى هذا الاختلاف اذا غصب عقارا فجا انسان فاتلفه فالضمان على المتلف عندهما لان الغصب لا يتحقق في العقار فيعتبر الاتلاف وعند محمد يتحقق الغصب فيه فيتخير المالك فان اختار تضمين الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المتلف وان اختار تضمين المتلف لا يرجع على احد لانه ضمن بفعل نفسه مسيلة الرجوع عن الشهادة فمن اصحابنا من منعها وقال ان محمدا رحمه الله بني الجواب على اصل نفسه فاما على قولهما فلا يضمنان ومنهم من سلم ولا باس بالتسليم لان ضمان الرجوع ضمان اتلاف لا ضمان غصب والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف وعلى هذا يخرج ما اذا غصب صبيا حرا من اهله فمات في يده من غير افة اصابته بان مرض في يده فمات انه لا يضمن لان كون المغصوب مالا شرط تحقق الغصب والحر ليس بمال ولو مات في يده بافة بان عقره اسد او نهشته حية ونحو ذلك يضمن لوجود الاتلاف تسببا والحر يضمن بالاتلاف مباشرة وتسببا على ما نذكر في مسايل الاتلاف ان شا الله تعالى ولو غصب مدبرا فهلك في يده يضمن لان المدبر مال متقوم الا انه امتنع جواز بيعه اذا كان مدبرا مطلقا مع كونه مالا متقوما لانعقاد سبب الحرية للحال وفي البيع ابطال السبب على ما عرف وكذلك لو غصب مكاتبا فهلك في يده لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان مالا متقوما ومعتق البعض بمنزلة المكاتب على اصل ابي حنيفة فكان مضمونا بالغصب كالمكاتب وعلى اصلهما هو حر عليه دين والحر لا يضمن بالغصب ولو غصب ام ولد انسان فهلكت عنده لم يضمن عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يضمن وام الولد لا تضمن بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق كجارية بين رجلين جات بولد فادعياه جميعا ثم اعتقها احدهما لا يضمن لشريكه شيا ولا تسعى هي في شي ايضا عنده وعندهما تضمن في ذلك كله كالمدبر ولقب المسيلة ان ام الولد هل هي متقومة من حيث انها مال ام لا ولا خلاف في انها متقومة بالقتل ولا خلاف في ان المدبر متقوم وجه قولهما انها كانت مالا متقوما والاستيلاد لا يوجب سقوط المالية والتقوم لانه لا يثبت به الا حق الحرية فانه لا يبطل المالية والتقوم كما في المدبر وجه قول ابي حنيفة ان الاستيلاد اعتاق لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في جاريته مارية اعتقها ولدها فظاهره يقتضي ثبوت العتق للحال في الاحكام الا انه تاخر في حق بعض الاحكام لدليل فمن ادعى التاخر في حق سقوط المالية والتقوم فعليه الدليل بخلاف المدبر لان التدبير ليس باعتاق للحال على معنى انه لا يثبت به العتق للحال اصلا وانما

الموجود

الموجود للحال مباشرة سبب العتق من غير عتق وهذا لا يمنع بقا المالية والتقوم ويمنع جواز البيع لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة لذمي او لمسلم فهلك في يده او استهلكه انه لا يضمن لان الميتة والدم ليسا بمال في الازمان كلها ولو دبغه الغاصب وصار مالا فحكمه يذكر في موضعه ان شا الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا غصب خمر المسلم او خنزيره فهلك في يده انه لا يضمن سوا كان الغاصب مسلما او ذميا لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم وكذا الخنزير فلا يضمنان بالغصب ولو غصب خمرا او خنزير الذمي فهلك في يده يضمن سوا كان الغاصب ذميا او مسلما غير ان الغاصب اذا كان ذميا فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته وان كان مسلما فعليه القيمة فيهما جميعا وهذا عندنا وقال الشافعي لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير كائنا ما كان وجه قوله ان حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حق الناس كافة لقوله تعالى في صفة الخمر رجس من عمل الشيطان وصفة المحل لا يختلف باختلاف الشخص وقوله عليه السلام حرمت الخمر بعينها اخبر عن كونها محرمة وجعل علة حرمتها عينها فتدور الحرمة مع العين واذا كانت محرمة لا تكون مالا لان المال ما يكون منتفعا به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في الحديث المعروف فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم الضمان اذا غصب من خلو شاته ونحو ذلك اذا هلك في يد الغاصب فيلزم ان يكون للذمي الضمان ايضا اذا غصب منه خمره او خنزيره ليكون لهم ما للمسلمين فيكون عملا بظاهر الحديث واما الكلام في المسيلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق اهل الذمة وكذا الخنزير فالخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لاقامة مصلحة البقا والاصل في اسباب البقا هو الاطلاق الا ان الحرمة في حق المسلم تثبت نصا غير معقول المعنى او معقولا بمعنى لا يوجد هاهنا او يوجد لكن يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضا في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوة والصد لا يوجد في الكفر والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرايع هي حرمات عندنا وهو الصحيح من الاقوال على ما عرف في اصول الفقه وعلى هذا طريق وجوب الضمان وجهان احدهما ان الخمر وان لم تكن مالا متقوما في الحال فهي بعرض ان تصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب الضمان بالغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك للحال الا ترى ان المهر والجحش وما لا منفعة له للحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر واكل الخنزير حسا لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال امرنا بان نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر واكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفيه اذا علم انه اذا غصب او اتلف لا يواخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله اعلم ولو كان لمسلم خمر غصبها منه ذمي او مسلم فهلكت عند الغاصب او ظلها ثم هلكت فلا ضمان عليه ولو استهلكها يضمن خلاها

لان الغصب حال وجوده لم ينعقد سببا لوجوب الضمان ولم يوجد من الغاصب صنع
اخر لان الهلاك ليس من صنعه فلا يضمن واذا استهلكه فقد وجد منه صنع اخر سوى الغصب
وهو اتلاف محل مملوك للمغصوب منه فيضمن ولو غصب مسلم من نصراني صليبا له فهلك في يده
يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك وعلى هذا يخرج ما اذا استخدم عبد رجل بغير امره او بعثه
في حاجة او قاد دابة له او ساقها او ركبها او حمل عليها بغير اذن صاحبها انه ضامن لذلك
سوا عطب في تلك الخدمة او في مضيه في حاجته او مات حتف انفه لان يد المالك كانت
ثابتة عليه واذا ثبتت يد انصرف عليه فقد فوت يد المالك فيتحقق الغصب ولو دخل
دار انسان بغير اذنه وليس في الدار احد فهلكت في يده لم يضمن في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد يضمن وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو جلس على فراش غيره
او بساط غيره بغير اذنه فهلك لا يضمن بالاجماع لان تفويت يد المالك فيما يحتمل النقل
لا يحصل بدون النقل فلم يتحقق فلا يجب الضمان والله اعلم

فصل

واما حكم الغصب
فله في الاصل حكمان احدهما يرجع الى الاخرة والثاني يرجع الى الدنيا اما الذي يرجع الى
الاخرة فهو الاثم واستحقاق المواخذة اذا فعله عن علم لانه معصية وارتكاب المعصية
على سبيل التعمد لاستحقاق المواخذة وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من غصب
شبرا من ارض طوقه الله تعالى من سبع ارضين يوم القيامة وان فعله لا عن علم بان ظن انه ملكه
فلا مواخذة عليه لان الخطا مرفوع المواخذة شرعا ببركة دعا النبي صلى الله عليه وسلم بقوله
ربنا لا تواخذنا ان نسينا او اخطانا وقوله رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا
عليه اما الذي يرجع الى الدنيا فانواع بعضها يرجع الى حال قيام المغصوب وبعضها يرجع
الى حال نقصانه وبعضها يرجع الى حال زيادته اما الذي يرجع الى حال قيامه فهو وجوب
رد المغصوب على الغاصب والكلام في هذا الحكم في ثلاث مواضع في بيان سبب وجوب
الرد وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان ما يصير المالك به مستردا اما السبب فهو اخذ مال
الغير بغير اذنه لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقوله لا ياخذ احدكم
مال صاحبه لاعبا ولا جادا واذا اخذ احدكم عصا صاحبه فليرد عليه ويجب رد الزيادة
المنفصلة كما يجب رد الاصل لوجود سبب وجوب الرد فيهما ثم الرد على الغاصب لا يتمان
من ضرورات الرد فاذا وجب الرد وجب عليه ما هو من ضروراته كما في رد العارية واما
شرط وجوب الرد فقيام المغصوب في يد الغاصب حتى لو هلك في يده او استهلكه صورة
ومعنى او معنى لا صورة ينتقل الحكم من الرد الى الضمان لان الهالك لا يحتمل الرد وعلى هذا
يخرج ما اذا كان المغصوب حنطة فزرعها الغاصب او نواة فغرسها حتى نبتت او نبات
فغرسها حتى صارت شجرة او بيضة فحضنها تحت دجاجة فاخرجت او قطنا فغزله
او غزلا فنسجه او ثوبا فقطعه وخاطه قميصا او لحما فشواه او طبخه او شاة فذبحها
وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او دقيقا فخبزه او سمسما فعصره او عنبا فعصره او حديدا
فضرب سيفا او سكينا او صفرا او نحاسا فجعله انية او ترابا له قيمة فلبنه اتخذه حرفا
او لبنا فطبخه اجرا ونحو ذلك انه ليس للمالك ان يسترد شيئا من ذلك عندنا ويزول ملكه
بضمان المثل او القيمة وعند الشافعي له ولاية الاسترداد في ذلك ولا يزول ملكه وجه قوله
ان ذات المغصوب وعينه قائم بعد فعل الغاصب وانما فات بعض صفاته فلا يبطل حق

الاسترداد كما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه او صبغه احمر او اصفر ولان الملك في
المغصوب كان ثابتا للمالك والعارض وهو فعل الغاصب محظور فلا يصلح سببا لثبوت
الملك له فيلتحق بالعدم فيبقى المغصوب على ملك المالك فيثبت له ولاية الاسترداد ولنا
ان فعل الغاصب في هذه المواضع وقع استهلاكا للمغصوب اما صورة ومعنى او معنى لا صورة
فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد كما اذا استهلكه حقيقة ودلالة تحقق الاستهلاك
ان المغصوب قد تبدل وصار شيئا اخر بتخليق الله تعالى واحداثه لانه لم يبق صورة ولا معناه
الموضوع له في بعض المواضع ولا اسمه وقيام الاعيان بقيام صورها ومعانيها المطلوبة منها
وفي بعضها ان بقيت الصورة فقد فات معناه الموضوع له المطلوب منه عادة فكان فعله
استهلاكا للمغصوب صورة ومعنى او معنى فيبطل حق الاسترداد اذ الهالك لا يحتمل الرد كالهالك
الحقيقي ولانه اذا حصل الاستهلاك يزول ملك المالك لان الملك لا يبقى في الهالك كما في
الهالك الحقيقي فينقطع ولاية الاسترداد ضرورة ولان الاستهلاك يوجب ضمان المثل او
القيمة للمالك لوقوعه اعتداء عليه او اضرارا به وهذا يوجب زوال ملكه عن المغصوب
لما نذكر واذا زال ملك المالك بالضمان يثبت الملك للغاصب في المضمون لوجود سبب الثبوت
في محل قابل وهو اثبات الملك على مال غير مملوك لانه وبه تبين ان فعله الذي هو سبب
لثبوت الملك مباح لا حظر فيه فجاز ان يثبت به الملك وعلى هذا يخرج ما اذا غصب لبنا او
اجرا او ساحة فادخلها في بنايه انه لا يملك الاسترداد عندنا ويصير ملكا للغاصب
بالقيمة خلافا للشافعي فهو مر على اصله المعهود في جنس هذه المسائل ان فعل الغاصب
محظور فلا يصلح سببا لثبوت الملك لكون الملك نعمة وكرامة فالتحق فعله بالعدم
شرعا فبقي ملك المغصوب منه كما كان ولنا ان المغصوب بالادخال في البنا والتركيب
صار شيئا اخر غير الاول لاختلاف المنفعة اذ المطلوب من المركب غير المطلوب من
المفرد فصار به اتلافا له فكان الادخال اهلاكا معنى فيوجب زوال ملك المغصوب
منه ويصير ملكا للغاصب ولان الغاصب يتضرر بنقض البنا والمالك وان كان يتضرر بزوال
ملكه ايضا لكن ضرره دون ضرر الغاصب لانه يقابله عوض فكان ضرر الغاصب اعلى فكان
اولى بالدفع ولهذا لو غصب من اخر خيطا فخاط به بطن نفسه او دابته ينقطع حق المالك
كذا هذا وذكر الكرخي ان موضوع مسئلة الساحة ما اذا بنى الغاصب في حوالي الساحة
لا على الساحة فاما اذا بنى على نفس الساحة لا يبطل ملك المالك بل ينقض وهو اختيار
الفقيه ابي جعفر الهندواني رحمه الله لان البنا اذا لم يكن على نفس الساحة لم يكن الغاصب
متعديا بالبنا لينتقض ازالة للتعدي واذا كان البنا عليها كان متعديا على الساحة فيزاله
تعديه بالنقض والصحيح ان الجواب في الموضعين والخلاف في الفصلين ثابت لانه كيف
ما كان لا يمكنه رد الساحة الا بنقض البنا ولزوم ضرر معتبر هذا موضوع المسئلة حتى لو كان
الرد بدون ذلك لا ينقطع حق المالك بالاتفاق بل يومر بالرد ولو بيعت الدار في
حيوة الغاصب او بعد وفاته كان صاحب هذه الاشيا اسوة الغرما في الثمن ولا يكون
احق بشي من ذلك لان ملكه قد زال عن العين الى القيمة فبطل اختصاصه بالعين وكذلك
لو غصب خوصا فجعله زنبيلا لا سبيل للمغصوب منه عليه وهو بمنزلة الساحة اذا جعلها
بنا ولو غصب نخله فشقها فجعلها جذوعا كان له ان ياخذ الجذوع لان عين المغصوب قائمة

وانما فرق الاجز فاشبه الثوب اذا قطعه فلم يخطه ولو غصب ارضا فبنا عليها او غرس
فيها لا ينقطع ملك المالك ويقال للغاصب اقلع البنا والغرس وردها فارغة لان
الارض بحالها لم تتغير ولم تصر شيئا اخر الا ترى انها لم تركب ببنا وانما جاورها البنا
والغرس بخلاف الساجة لانها ركبت وصارت من جملة البنا الا ترى انه يسمى الكل
بنا واحدا فان كانت الارض تنقطع بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البنا والغرس مقلوعا
ويكون له البنا والغرس لان الغاصب يتضرر بالمنع من التصرف في ملك نفسه بالقلع
والمالك ايضا يتضرر بنقصان ملكه فيلزم مراعاة الجانبين وذلك فيما قلنا ولو غصب
من ذهب او فضة انا او ضرب به دراهم او دنانير فللمغصوب منه ان ياخذه ولا يعطيه
شيا لاجل الصياغة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا سبيل له على ذلك وعلى
الغاصب مثل ما غصب واجمعوا على انه اذا سبكه ولم يصغه او جعله مطولا او مربعا او مدورا
ان له ان يسترده ولا شي عليه وجه قولهما ان صنع الغاصب وقع استهلاكا لان المغصوب بالصياغة
صار شيئا اخر فاشبه ما اذا غصب حديدا فاتخذه سيفا او سكينا وجه قول ابي حنيفة
ان استهلاك الشي اخراجه من ان يكون منتفعا به منفعة موضوعة له مطلوبة منه عادة
ولم يوجد هاهنا لان المطلوب من الذهب والفضة الثمنية وهي باقية بعد استحداث
الصنعة فلم يتحقق الاستهلاك فبقي على ملك المغصوب منه ولو غصب صفرا او نحاسا او حديدا
فضرب به انية ينظر ان كان يباع وزنا فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الذهب والفضة
لانه لم يخرج بالضرب والصياغة عن حد الوزن وان كان يباع عددا فليس له ان يسترده
بلا خلاف لانه خرج عن كونه موزونا بخلاف الذهب والفضة لان الوزن فيهما اصل
لا يتصور سقوطه ابدا ولو غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه او شاة فذبحها ولم يشوها
ولا طبخها لا ينقطع حق المالك اذ الذبح ليس باستهلاك بل هو تنقيص وتعيب فلا يوجب
زوال الملك بل يوجب الخيار للمالك على ما نذكر في موضعه ان شا الله واما بيان ما يصير
المالك به مستردا للمغصوب فنقول وبالله التوفيق الاصل ان المالك يصير مستردا للمغصوب
باثبات يده عليه لانه صار مغصوبا بتفويت يده عنه فاذا اثبت يده عليه فقد اعاده
الى يده فزالت يد الغاصب ضرورة الا ان يغصبه ثانيا وعلى هذا يخرج المسايل اذا كان
المغصوب عبدا فاستخدمه او ثوبا فلبسه او دابة فركبها او حمل عليها صار مستردا له وبري
الغاصب من الضمان لما قلنا سوا علم المالك انه ملكه او لم يعلم لان اثبات اليد على العين
امر حسي لا يختلف بالعلم والجهل ولهذا لم يكن العلم شرطا لتحقق الغصب فلا يكون شرطا لابطاله
وكذلك لو كان طعاما فاكله لانه اثبت يده عليه فبطلت يد الغاصب وكذا اذا اطعمه
الغاصب برئ عن الضمان عندنا وعند الشافعي لا يبرا وجه قوله انه غره في ذلك حيث اطعمه
ولم يعلم انه ملكه فلا يسقط عنه الضمان ولنا انه اكل طعام نفسه فلا يستحق على غيره كما لو
كان في يد الغاصب فاستهلكه وقوله غره الغاصب ممنوع بل هو الذي اغتر بنفسه حيث
تناول من غير بحث انه ملكه او ملك الغاصب والمغتر بنفسه لا يستحق الضمان على غيره ولو
كان المغصوب عبدا فاجره من الغاصب للخدمة او ثوبا فاجره من اللبس او دابة للركوب
وقبل الغاصب الاجارة برئ عن الضمان لان الاجارة اذا صحت صادفت يد الغاصب
على المحل يد اجارة وانها يد محقة فيبطل يد الغاصب ضرورة فيبرا عن الضمان حين وجب

عليه

عليه الاجر بالاجارة وقالوا في الغاصب اذا اجر العبد المغصوب من مولاه ليبني له
حايطا معلوما انه يسقط ضمان الغصب حين يبتدي بالبنا لان البراة عن الضمان
في الوضعين جميعا متعلقة بوجوب الاجرة والاجرة في استيجار العبد والثوب تجب
بالتسليم وهو التخلية وهاهنا تجب بالعمل لا بنفس التخلية لذلك افترقا ولو زوج الامة
المغصوبة من الغاصب لا يبرا عن الضمان في قياس قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف يبرا بنا
على ان المشتري هل يصير قابضا بالتزويج امرأة وقد ذكرنا المسئلة في كتاب البيوع في بيان
حكم البيع ولو استاجر الغاصب لتعليم العبد المغصوب عملا من الاعمال فهو جايز لكنه لا يصير
مستردا للعبد ولا يبرا الغاصب عن الضمان بل هو في يد الغاصب على حاله حتى لو هلك قبل
ان ياخذ في ذلك العمل او بعده ضمن وكذلك لو استاجره لغسل الثوب المغصوب لان الاجارة
هاهنا ما وقعت على المغصوب فلم يثبت يد الاجارة عليه ليبطل به يد الغاصب فبقي
في يد الغصب كما كان فبقي مضمونا كما كان بخلاف استيجار المغصوب على البنا اذا رد الغاصب
الثاني المغصوب على الغاصب الاول برئ لان يده يد المالك من وجه فيصح الرد عليه وامر
واما الذي يتعلق بحال هلاك المغصوب فنوعان احدهما وجوب الضمان على الغاصب والثاني
ملك الغاصب المضمون اما وجوب الضمان فالكلام فيه في مواضع في بيان كيفية الضمان
وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان وقت وجوبه وفي بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدته
اما الاول فالمغصوب لا يخلو اما ان يكون مما له مثل واما ان يكون مما لا مثل له فان كان
مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فعلى الغاصب مثله لان
ضمان الغصب ضمان اعتدا والاعتدا لم يشرع الا بالمثل قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى فاما القيمة فمثل من حيث
المعنى دون الصورة ولان ضمان الغصب ضمان جبر الفايت ومعنى الجبر بالمثل اكمل منه من
القيمة فلا يعدل عن المثل الى القيمة الا عند التعذر وقال زفر الجوز والبيض مضمونات
بالقيمة لا بالمثل وقد ذكرنا المسئلة في كتاب البيوع وان كان مما لا مثل له من الذرعيات
والعدديات المتفاوتة فعليه قيمته لانه تعذر ايجاب المثل صورة ومعنى لانه
لا مثل له فيجب المثل معنى وهو القيمة لانها المثل الممكن والاصل في ضمان القيمة ما روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عبد بين شريكين اعتق احدهما نصيبه بنصف
قيمته للذي لم يعتق والنص الوارد في العبد يكون واردا في اتلاف كل ما لا مثل له دلالة والله اعلم
واما شرط وجوب الضمان فشرط وجوب الضمان المثل والقيمة على الغاصب عجزه عن رد
المغصوب فما دام قادرا على رده على الوجه الذي اخذه لا يجب عليه الضمان لان الحكم الاصلي
للغصب هو وجوب رد عين المغصوب لان بالرد يعود الى عين حقه وبه يندفع الضرر عنه
من كل وجه والضمان خلف عن رد العين وانما يصار الى الخلف عند العجز عن رد الاصل
وسوا عجز عن الرد بفعله بان استهلكه او بفعل غيره بان استهلكه غيره او بافة سماوية
بان هلك بنفسه لان المحل انما صار مضمونا بالغصب السابق لا بفعله ذلك ولا بالهلاك
لان الهلاك ليس صنعه لكن عند الهلاك يتقرر الضمان لان عنده يتقرر العجز عن رد العين فيتقرر
الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى الغاصب هلاك المغصوب ولم يصدقه المغصوب
منه انه يطلب منه بينته فان اقامها والا حبسه القاضي مدة يغلب على ظنه انه لو كان في يده

لا ظهره ثم يقضي عليه بالضمان لانه بذلك يثبت عجزه عن رد العين فيحبس كمن كان عليه
دين فطولب به فادعى الافلاس ومن شروط الخطاب باداء الضمان ان يكون المثل موجودا في
ايدي الناس حتى لو غصب شيئا له مثل ثم انقطع عن ايدي الناس لا يخاطب باداء المثل
لانه ليس بمقدور بل يخاطب بالقيمة ولو اختصما في حال انقطاعه عن الايدي فقد اختلف
اصحابنا الثلثة قال ابو حنيفة يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون وقال ابو يوسف
يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع وجه قول محمد ان الغصب اوجب المثل على الغاصب
والمصير الى القيمة للتعذر والتعذر حصل بسبب الانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع
كما لو استهلكه في ذلك الوقت **وجه قول** ابي يوسف ان سبب وجوب ضمان المثل عند العدم
والقيمة عند العجز هو الغصب والحكم يعتبر من وقت وجود سببه وجه قول ابي حنيفة
ان الواجب كان مثل المغصوب وبالانقطاع عن ايدي الناس لم يبطل الواجب لان الاصل
ان ما ثبت يبقى لتوهم الفائدة وتوهم العود هاهنا ثابت الا ترى انه لما لك ان يختار الانتظار
الى وقت ادراكه فياخذ المثل واذا بقي المثل واجبا بعد الانقطاع فانما ينتقل حقه من
المثل الى القيمة بالخصومة فيعتبر قيمته وقت الخصومة فاما علم الغاصب بكون المغصوب ملك
غيره فليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو اخذ ما لا على وجه يحق له اخذه ظاهرا وفي الباطن
بخلافه كما اذا اشترى شيئا او ملكه بوجه من الوجوه فتصرف فيه ثم تبين انه مستحق يضمن لكن
لا اثم عليه لان العلم به ليس بشرط لتحقق الغصب وهو شرط ثبوت المؤاخذة قال الله تعالى
وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم **واما** وقت وجوب الضمان فوقت
وجود الغصب لان الضمان يجب بالغصب ووقت ثبوت الحكم وقت وجود سببه فيعتبر
قيمة المغصوب يوم الغصب لان الضمان يجب بالغصب ووقت ثبوت الحكم حتى لا يتغير
بتغير السعر لان السبب لم يتغير ولا بتغير المحل ايضا لان تراجع السعر لفتور رغبة الناس يحدثه الله تعالى
في قلوب عباده **واما بيان** ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان فالذي يخرج به عن عهدته
شيئان احدهما اداء الضمان الى المالك او من يقوم مقامه لان الاصل في طريق الخروج عن
عهدة الواجب اداؤه ولو هلك المغصوب في يد الغاصب الثاني فادى القيمة الى الغاصب
الاول يبرا عن الضمان في الرواية المشهورة وروي عن ابي يوسف انه لا يبرا الا بتقضاء القاضي
وجه هذه الرواية ان الضمان الواجب عليه للمالك فلا يسقط عنه الا باداء الى المالك
وجه الرواية المشهورة ان الضمان خلف عن العين قائم مقامه ثم لو رد العين بري عن الضمان
فكذا اذا رد القيمة لان ذلك رد العين من حيث المعنى **والثاني** الابراء وهو نوعان صريح
وما يجري مجرى الصريح ودلالة اما الاول فنحو ان يقول ابراتك عن الضمان او اسقطته عنك
او وهبته منك وما اشبه من ذلك فيبرا عن الضمان لانه اسقط حق نفسه وهو من اهل
الاسقاط والمحل قابل للسقوط فيسقط **واما الثاني** فنحو ان يختار المالك تضمين احد الغاصبين
فيبرا الآخر لان اختيار تضمين احدهما ابراء للآخر دلالة لما ذكرنا فيما تقدم غير ان ما يثبت
الاختيار شرطه رضا من اختار تضمينه او القضاء على اختلاف الروايتين اللتين ذكرناهما
ولو ابراه عن ضمان العين وهي قائمة في يده صح الابراء وسقط عنه الضمان عند اصحابنا
الثلثة وقال زفر لا يصح **وجه** قوله ان الابراء اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل فالتحق
بالعدم وبقيت العين مضمونة كما كانت واذا هلكت ضمن **ولنا** ان العين صارت مضمونة

بنفس

بنفس الغصب لان الغصب سبب وجوبه فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت
ولو اجل المغصوب منه الغاصب ببدل الغصب صح التاجيل عند اصحابنا وعند زفر لا يصح
استدلالا بالقرض **ولنا** ان عدم اللزوم في القرض لكونه جاريا مجرى الاعارة لما بينا
في كتاب القرض والاجل لا يلزم في العواري وهذا المعنى لا يوجد في الغصب فيلزمه وهذا
لان الاصل هو لزوم التاجيل لانه تصرف صدر من اهله في محله وهو العين الا ان عدم اللزوم
في باب القرض لضرورة الاعارة ولم يوجد هاهنا فيلزم على الاصل والله اعلم واما ملك الغاصب
المضمون فالكلام في هذا الحكم في مواضع في بيان اصل الحكم انه يثبت ام لا وفي بيان وقت ثبوته
وفي بيان شرط ثبوته وفي بيان صفة الحكم الثابت **اما الاول** فقد اختلف العلماء فيه قال
اصحابنا يثبت اذا كان المحل قابلا للثبوت ابتداء وقال الشافعي لا يثبت اصلا حتى ان من
غصب عبدا او اكتسب في يد الغاصب ثم هلك العبد وضمن الغاصب قيمته فالكسب ملك الغاصب
عندنا وعنده ملك المالك ولو ابق العبد المغصوب من يد الغاصب وعجز عن رده الى المالك
فالمغصوب منه بالخيار ان شاء انتظر الى ان يظهر وان شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته ولو ضمنه
ثم ظهر العبد ينظر ان اخذ صاحب القيمة بقول نفسه التي سماها ورضي بها او بتصادقهما
عليه او بقيام البينة او بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا وعنده ياخذ
عبده بعينه ولو كان المغصوب مدبرا يعود الى ملك المالك بالاجماع **وجه** قوله ان الملك
لا بد له من سبب والغصب لا يصلح سببا لانه محظور والملك نعمة وكرامة فلا يستفاد
بالمحظور ولان ضمان الغصب لا يقابل العين وانما يقابل اليد الفائتة فلا يملك به العين
كما في غصب المدبر **ولنا** ان ملك الغاصب يزول عن الضمان فلو لم يزل ملك المغصوب منه
عن المضمون لم يكن الاعتداء بالمثل ولانه اذا زال ملك الغاصب عن الضمان وانه بدل المغصوب
لانه مقدر بقيمته وملك المغصوب منه البدل بكماله لو لم يزل ملكه عن المغصوب لاجتمع البدل
والمبدل في ملك المالك وهذا لا يجوز واذا زال ملك المالك عن المغصوب فالغاصب اثبت
يده على مال قابل للملك لا مالك له لا حد فيه فيملكه كما يملك الحطب والحشيش باثبات يده عليهما
وبه تبين انما هو سبب الملك فهو مباح لا حظر فيه فجاز ان يثبت به الملك بخلاف المدبر
لانه لا يحتمل ابتداء الملك فيزول ملك المالك لكن لا يملك الغاصب لعدم قبول المحل الملك ابتداء وها
هنا بخلافه **ولو اخذ** صاحب القيمة بقول الغاصب بان اختلفا في القيمة وقضى القاضي
بالقيمة بقول الغاصب وبيمينه ثم ظهر المغصوب العبد ذكر في ظاهر الرواية ان المغصوب
منه بالخيار ان شاء رضي بالماخوذ وترك العبد على الغاصب وان شاء رد الماخوذ واخذ العبد
لانه تبين ان الماخوذ بعض بدل العين لا كله فلم يملك بدل المغصوب بكماله فيثبت له الخيار
فان اراد ان يرد العبد فللغاصب ان يحبس العبد حتى ياخذ القيمة ولو مات العبد في يد
الغاصب قبل رد القيمة لا يرد القيمة ولكن ياخذ من الغاصب فضل القيمة ان كان في قيمته
العبد فضل على ما اخذه وان لم يكن فيها فضل فلا شيء له سوى القيمة وروي عن ابي يوسف انه
اذا ظهر العبد وقيمته اكثر مما قال الغاصب فالمغصوب منه بالخيار على ما بينا فاما اذا كانت
قيمته مثل ما قال الغاصب او اقل منه فلا سبيل لصاحبه عليه وهكذا فصل الكرخي لانه رضي
بزوال ملكه بهذا البدل وفي ظاهر الرواية اثبت الخيار من غير تفصيل ولو اختلفا في
زيادة القيمة فادعى الغاصب انها حدثت بعد التضمين وادعى المغصوب منه انها كانت

قبله كان الجصاص يقول من تلقاء نفسه ان القول قول الغاصب لان التمليك قد صح فلا
ينفسخ بالشك واما وقت ثبوت الملك فهو وقت وجود الغصب لان الملك في الضمان يستند الى
وقت وجود الغصب فكذا في المضمون فيظهر في الكسب والغلة والربح واما شرط ثبوت
الملك في المضمون فما هو شرط ثبوت الملك في الضمان وهو اختيار الضمان عند ابي حنيفة
رحمه الله فالمغصوب على ملكه ويكون له ثواب هلاكه على ملكه ويخاصم الغاصب في القيمة له
ذلك وعند ابي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط ويثبت الملك قبل الاختيار في الضمان والمضمون
جميعا وعلى هذا الاصل بني الصلح عن المغصوب الذي لا مثل له على اضعاف قيمته انه جائز
عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز ووجه البناء انه لما وجب الضمان بنفس الهلاك عندهما وهو
ملك مقدر والزيادة عليه يكون ربوا ولما توقف الوجوب على اختيار المالك عنده ولم
يوجد منه الاختيار كان الصلح تقديرا لقيمة المغصوب بهذا القدر وتمليكا للمغصوب
به كأنه باعه من الغاصب به فجاز والله اعلم واما صفة الملك الثابت للغاصب في المضمون
فلا خلاف بين اصحابنا في ان الملك الثابت له يظهر في حق نفاذ التصرفات حتى لو باعه
او وهبه او تصدق به قبل اداء الضمان ينفذ كما ينفذ هذه التصرفات في المشترى شراء فاسدا
واختلفوا في انه هل يباح له الانتفاع به بان يأكله بنفسه او يطعمه غيره قبل اداء الضمان
واذا حصل فيه فضل هل يتصدق بالفضل قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يحل له
الانتفاع ولا يلزمه التصدق بالفضل ان كان فيه فضل وهو قول الحسن وزفر وهو القياس
وقول ابي حنيفة ومحمد استحسان وجه القياس ان المغصوب مضمون لا شك فيه وهو مملوك
للغاصب على اصل اصحابنا فلا معنى للمنع من الانتفاع وتوقيف الحل على رضى المالك
كما في سائر املاكه ويطيب له الربح لانه ربح ما هو مضمون ومملوك وربح ما هو مضمون
غير مملوك يطيب عنده لما نذكر فربح المملوك المضمون اولى وجه الاستحسان ما روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم اضافه قوم من الانصار فقدموا اليه شاة مصلية فجعل
يمضغه ولا يسيغه فقال عليه السلام ان هذه الشاة لتخبرني انها ذبحت بغير حق
فقالوا هذه الشاة لجار لنا ذبحناها لنرضيه بالثمن فقال عليه السلام اطعموها الاسارى
امر بان يطعموها الاسارى ولم ينتفع بها ولا اطلق لاصحابه الانتفاع بها ولو كان حلالا طيبا
لاطلق مع خصاصتهم وشدة حاجتهم الى الاكل ولان الطيب لا يثبت الا بالملك المطلق وفي
هذا الملك شبهة العدم لانه يثبت من وقت الغصب بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجه
ويقتصر على الحال من وجه فكان في وجوده من وقت الغصب شبهة العدم فلا يثبت به الحل
والطيب ولان الملك من وجه حصل بسبب محظور او وقع محظورا بابتدائه فلا يخلو عن خبث
ولان اباحة الانتفاع قبل الارضاء يؤدي الى تسليط السفهاء على اكل اموال الناس بالباطل
وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فطحنها انه لا يحل له
الانتفاع بالدقيق حتى يرضى صاحبه ولو غصب حنطة فزرعها قال ابو حنيفة ومحمد يكره له
ان ينتفع به حتى يرضى صاحبه ويتصدق بالفضل وقال ابو يوسف لا يكره الانتفاع به قبل
اداء الضمان ولا يلزمه التصدق بالفضل وظاهر هذا الاطلاق يدل على انه عند ابي حنيفة
ومحمد يكره له الانتفاع به حتى يرضى صاحبه باداء الضمان وفرق ابو يوسف بين الزرع والطحن
فقال في الطحن مثل قولهما انه لا يحل الانتفاع به حتى يرضى صاحبه لان الحنطة لم تهلك بالطحن

وانما

وانما تغيرت صفتها من التركيب الى التفرق فكان عين الحنطة قائمة فكان حق المالك فيها قائما
بخلاف الزرع لان البذر يهلك بالزراعة لانه يعفن في الارض فيخرج من ان يكون مالا متقوما
فلم يبق للمالك فيه حق فلم يكره الانتفاع به وكذلك قال ابو يوسف فيمن غصب نوى فصار نخلا انه
يحل الانتفاع به كما في الحنطة اذا زرعها وقال في الودي اذا غرسه فصار نخلا انه يكره الانتفاع
به حتى يرضى صاحبه لان النوى يعفن ويهلك والودي يزيد في نفسه وروي عن ابي حنيفة
في الشاة اذا ذبحها وشواها انه لا يسع له ان يأكلها ولا يطعمها احدا حتى يغرم القيمة وان كان
غائبا او حاضرا لا يرضى بالضمان لا يحل له الاكل واذا دفع الغاصب قيمتها يحل له الاكل وكذلك
اذا ضمنه المالك القيمة او ضمنه الحاكم وهذا عندي ليس باختلاف رواية بل هذه الرواية
تفسير للاولى لان قوله حتى يرضى صاحبه محتمل يحتمل الرضا باداء الضمان ويحتمل الرضا باختيار
الضمان والمذكور ههنا مفسر فيحمل المحتمل على المفسر فيحمل قوله حتى يرضيه على الارضاء باختيار
الضمان ورضاه به لا على الارضاء باداء الضمان توفيقا بين الروايتين فلا يحل له الانتفاع به قبل
اختيار الضمان ويحل بعده سواء ادى الضمان او لا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو قياس قول
ابي يوسف في الشاة المشوية انه يحل له الانتفاع بها فيأكلها ويطعمها من شاء سواء ادى الضمان
او لا ولا خلاف في انه اذا ادى الضمان انه يحل له الاكل وكذلك اذا ابرأه عن الضمان وكذلك
اذا ضمنه المالك القيمة او ضمنه القاضي لان القاضي لا يضمنه الا بعد طلبه فكان منه اختيارا
للضمان ورضا به وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة انه يغرم النقصان والغلة
له ويتصدق بها في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هي طيبة اما ضمان النقصان فلان الاستغلال
وقع اتلافا فيضمن قدر ما اتلف ويطيب له قدر المضمون لان ذلك القدر ليس بربح والنهي وقع عن
الربح واما الغلة فللغاصب عندنا وعند الشافعي للمالك وهي فريعة مسئلة المنافع وقد مرت
في موضعها واما التصدق بالغلة وهي الاجرة عندهما فلانها خبيثة لحصولها بسبب خبيث فكان
سبيلها التصدق ولابي يوسف ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن وهذا ربح مضمون
والجواب ان التحريم لعدم الضمان يدل على التحريم لعدم الملك من طريق الاولى لان الملك فوق
الضمان ولو غصب ارضا فزرعها كرا فنقصتها المزارعة واخرجت ثلاثة اكرار يغرم ما نقصها
ويأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل اما ضمان النقصان فلان الغاصب نقص الارض بالزراعة
وذلك اتلاف منه والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف واما التصدق بالفضل فلحصوله
بسبب خبيث وهي الزراعة في ارض الغصب وان كان البذر ملكا له ويطيب له قدر النقصان
وقدر البذر لما ذكرنا ان النهي ورد عن الربح وذا ليس بربح فلم يحرم والله اعلم وعلى هذا يخرج
ما اذا غصب الفا فاشترى جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة الاف
انه يتصدق بجميع الربح في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يلزمه التصدق بشيء لانه ربح مضمون
مملوك لانه عند اداء الضمان يملكه مستندا الى وقت الغصب ومجرد الضمان يكفي للطيب فكيف
اذا اجتمع الضمان والملك وهما يقولان الطيب كما لا يثبت بدون الضمان لا يثبت بدون الملك
من طريق الاولى وفي هذا الملك شبهة العدم على ما بينا فيتعدد فلا يفيد الطيب ولو اشترى
بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او اشترى به طعاما يساوي الفين فاكله لم يتصدق بشيء
لانه لم يحصل له الربح ولان الخبث انما يثبت لشبهة عدم الملك والشبهة توجب التصدق اما لا توجب
التضمين وعلى هذا يخرج ما اذا خلط المستودع احدى الوديعتين بالاخرى خلطا لا يتميز

مسائل الشراء بالدراهم المغصوبة

ان المخلوط يصير ملكا له عند ابي حنيفة لكن لا يطيب له حتى يرضى صاحبه على ما ذكرنا ولو اشترى بالدراهم المغصوبة شيئا هل يحل له الانتفاع به او يلزمه التصدق ذكر الكرخي وجعل ذلك على اربعة اوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما ان يشير اليها وينقد من غيرها واما ان يشير الى غيرها وينقد منها واما ان يطلق اطلاقا وينقد منها واثبت الطيب في الوجوه كلها الا في وجه واحد وهو ان يجمع بين الاشارة اليها والنقد منها وذكر ابو نصر الصفار والفقيه ابو الليث انه يطيب في الوجوه كلها وذكر ابو بكر الاسكاف انه لا يطيب في الوجوه كلها وهو الصحيح وجه قول ابي نصر وابي الليث ان الواجب في ذمة المشتري دراهم مطلقة والمنقود بدل عما في الذمة اما عند عدم الاشارة فظاهر وكذا عند الاشارة لان الاشارة الى الدراهم لا تفيد التعيين فالتحقت الاشارة اليها بالعدم فكان الواجب في ذمته دراهم مطلقة والدراهم المنقودة بدلا عنها فلا يخبث المشترى والكرخي كذلك يقول الا انه يقول الاشارة تتأكد بالنقد منها فاذا تأكدت بالنقد منها تعين المشار اليه فكان المنقود بدل المشترى فكان خبيثا وجه قول ابي بكر انه استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة او الشبهة فيثبت الخبث وهذا لانه ان اشار الى الدراهم المغصوبة فالمشار اليه ان كان لا يتعين في حق الاستحقاق يتعين في حق جواز العقد بمعرفة جنس النقد وقدره فكان المنقود بدل المشترى من وجه نقد منها او من غيرها وان لم يشر اليها ونقد منها فقد استفاد به تلك سلامة المشترى فتمكنت الشبهة فيخبث الربح واطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة دليل صحة هذا القول ومن مشايخنا من اختار الفتوى في زماننا بقول الكرخي تيسيرا للامر على الناس لازدحام الحرام وجواب الكتب اقرب الى التنزه والاحتياط والله اعلم ولان دراهم الغصب مستحقة الرد على صاحبها وعند الاستحقاق ينفسخ العقد من الاصل فتبين ان المشترى كان مقبوضا بعقد فاسد فلم يحل الانتفاع به ولو تزوج بالدراهم المغصوبة امرأة وسعه ان يطأها بخلاف الشراء لما ذكرنا ان عند الاستحقاق ينفسخ الشراء والنكاح لا يحتمل الفسخ ولو كان المغصوب ثوبا فاشترى به جارية لا يسعه ان يطأها ولو تزوج عليه امرأة ان يطأها لما قلنا والله اعلم واما الذي يتعلق بحال نقصان المغصوب فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان ما يكون مضمونا من النقصان وما لا يكون مضمونا منه والثاني في بيان طريق معرفة النقصان اما الاول فنقول وبالله التوفيق اذا عرض في يد الغاصب ما يوجب نقصانا في المغصوب والعارض لا يخلو اما ان يكون تغير السعر واما ان يكون فوات جزء المغصوب او فوات صفة مرغوب فيها او معنى مرغوب فيه فان كان تغير السعر لم يكن مضمونا لان المضمون نقصان المغصوب ونقصان السعر ليس بنقصان المغصوب بل لفتور يحدثه الله تعالى في قلوب العباد لا صنع للعبد فيه فلا يكون مضمونا وان كان فوات جزء من المغصوب او فوات صفة مرغوب فيها او معنى مرغوب فيه فالمغصوب لا يخلو اما ان يكون من غير اموال الربوا واما ان يكون من اموال الربوا فان كان من غير اموال الربوا يكون مضمونا اذا لم يكن للمغصوب منه فيه صنع ولا اختيار لانه هلك بعض المغصوب صورة ومعنى لا صورة وهلاك كل المغصوب مضمون وكل الجملة فهلاك بعضه يكون مضمونا بقدره لما ذكرنا ان ضمان الغصب ضمان جبر الفائت فيتقدر بقدر الفوات وعلى هذا يخرج ما اذا سقط عضو من المغصوب في يد الغاصب بآفة سماوية او لحقه زمانة او عرج او شلل او عمي او عور او صمم او بكم او حمى او مرض اخر لانه يأخذه المولى ويضمنه النقصان لوجود فوات جزء من البدن او فوات صفة مرغوب فيها ولو زال البياض من عينه في يد المولى او انقلع الحمى رد عليه

الغاصب ما اخذه منه بسبب النقصان لانه تبين ان ذلك النقصان لم يكن موجبا للضمان لانعدام شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام وكذلك لو ابق المغصوب من يد الغاصب من عبد او امة اذا لم يكن ابق قبل ذلك او زنت الجارية المغصوبة او سرقت اذا لم يكن زنت قبل ذلك لفوات معنى مرغوب فيه وهو الصيانة عن هذه القاذورات ولهذا كانت عيوبا موجبة للرد في باب البيع وجعل الابق على المالك وهل يرجع به على الغاصب قال ابو يوسف لا يرجع وقال محمد يرجع وجه قول محمد ان الجعل من ضرورات رد المغصوب لان رد المغصوب واجب على الغاصب ولا يمكنه الرد الا باعطاء الجعل فكان من ضرورات الرد فيكون عليه كمؤنة الرد وجه قول ابي يوسف ان الجعل انما يجب بحق الملك والملك للمغصوب منه فيكون الجعل عليه كمداواة الجراحة ولو قتل العبد المغصوب او الجارية المغصوبة في يد الغاصب قتيلا او جنى على حر او عبد في نفس او ما دونها يرد الى مولاه ويقال له ادفعه بجنايته او افده لان الملك له ويرجع المولى على الغاصب بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان هذا الضمان انما وجب بسبب كان في ضمانه ولو استهلك لرجل مالا يخاطب المولى بالبيع والفداء ويرجع على الغاصب بالاقل من قيمته ومما اداه عنه من الدين لما قلنا ولو قتل المغصوب نفسه في يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته بالغصب ولا يضمن قيمته بقتل نفسه لان قتله نفسه هدر فصار كموته حتف انفه ولو كان المغصوب امة فولدت ثم قتلت ولدها ثم ماتت ضمن قيمة الامة ولا يضمن قيمة الولد لانه امانة وكذلك اذا كبر المغصوب في يد الغاصب من الغلام والجارية بان غصب عبدا شابا فشاخ في يد الغاصب او جارية شابة فصارت عجوزا في يده ضمن النقصان لان الكبر يوجب فوات جزء او صفة مرغوب فيها وكذلك اذا غصب جارية ناهدا فانكسر ثديها في يد الغاصب لان نهود الثديين صفة مرغوب فيها الا ترى الى قوله تعالى وكواعب اترابا واما نبات اللحية للامرد فليس بمضمون لانه ليس بنقصان بل هو زيادة في الرجال الا ترى ان حلق اللحية يوجب كمال الدية وكذلك لو غصب عبدا فاقادا فنسي القرآن او محترفا فنسي الحرفة لان العلم بالقرآن والحرفة معنى مرغوب فيه واما حبل الجارية المغصوبة بان غصب جارية فحبلت في يده فان كان المولى احبلها في يد الغاصب لا شيء على الغاصب لان النقصان حصل بفعل المولى فلا يضمنه الغاصب كما لو قتلها المولى في يد الغاصب وكذلك لو حبلت في يد الغاصب من زوج كان لها في يد المولى لان الوطء من الزوج حصل بتسليط المولى فصار كانه حصل منه او حدث في يده وان حبلت في يد الغاصب من زنا اخذها المولى وضمنه نقصان الحبل والكلام في قدر الضمان قال ابو يوسف ينظر الى ما نقصها الحبل والى ارش عيب الزنا فيضمن الاكثر ويدخل الاقل فيه وهذا استحسان والقياس ان يضمن الامرين جميعا وروي عن محمد انه اخذ بالقياس وجه القياس ان الحبل والزنا كل واحد منهما عيب على حدة فكان النقصان الحاصل بكل واحد منهما نقصانا على حدة فيفرد بضمان على حدة وجه الاستحسان ان الجمع بين الضمانين غير ممكن لان نقصان الحبل انما حصل بسبب الزنا فلم يكن نقصانا بسبب على حدة حتى يفرد بحكم على حدة فلا بد من ايجاب احدهما فاوجبنا الاكثر لان الاقل يدخل في الاكثر ولا يتصور دخول الاكثر في الاقل فان ردها الغاصب حاملا فماتت في يد المولى من الولادة وبقي ولدها ضمن الغاصب جميع قيمتها عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يضمن الا نقصان الحبل خاصة وجه قولهما ان الرد وقع صحيحا لان الغاصب رد العبد المردود وهو ما رد الغاصب بالحبل والهلاك بعد الرد حصل في يد المالك بسبب وجد في يده وهو الولادة فلا يكون مضمونا على الغاصب كما لو ماتت بسبب اخر وكما لو باع

جارية حبلى فولدت عند المشتري ثم ماتت من نفاسها انه لا يرجع المشتري على البائع بشيء كذا
هذا وجه قول ابي حنيفة ان الموت حصل بسبب كان في ضمان الغاصب وهو الحبل او الزنا لان
ذلك افضى الى الولادة والولادة افضت الى الموت فكان الموت مضافا الى السبب السابق واذا
حصل الهلاك بذلك السبب تبين ان الرد لم يصح لانعدام شرط صحته وهو ان يكون الرد مثل
الاخذ من جميع الوجوه فصار كانها ولدت في يد الغاصب فماتت من الولادة ولو كان كذلك لا يبرأ
الغاصب عن قيمتها كذا هذا بخلاف مسألة البيع لان الواجب هناك هو التسليم ابتداء لا الرد وقد
وجد التسليم فخرج عن العهدة وبخلاف الحرة اذا زنى بها مكرهة فماتت من الولادة انه لا يضمن
لانها غير مضمونة بالاخذ فلم يلزمه الرد على وجه الاخذ بخلاف الامة ولو كانت الجارية زنت في
يد الغاصب ثم ردها على المالك فحدث في يده ونقصها الضرب ضمن الغاصب الاكثر من نقصان
الضرب ومما نقصها الزنا في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ليس عليه الا نقصان الزنا
وجه قولهما ان النقصان حصل في يد المالك بسبب اخر ولابي حنيفة ان النقصان حصل بسبب
كان في ضمان الغاصب فابو حنيفة نظر الى وقت وجود السبب وهما نظرا الى وقت ثبوت الحكم
وهو النقصان ولهذا قال ابو حنيفة فيمن اشترى عبدا فوجده مباح الدم فقتل في يد المشتري
انه ينقض العقد ويرجع على البائع بكل الثمن وكذلك لو كان سارقا فقطع في يده رجع بنصف الثمن
اعتبارا للسبب السابق وعندهما يعتبر الحكم في الحال ويكون في ضمان المشتري ويرجع على
البائع بنقصان العيب فان قيل كيف يضاف النقصان الى سبب كان في ضمان الغاصب وذلك
السبب يوجب ضربا جارحا فكيف يضاف نقصان الجرح اليه ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله
في شهود الزنا اذا رجعوا بعد اقامة الحد لانهم لا يضمنون نقصان الجرح لان شهادتهم لم توجب
ضربا جارحا فلم يضف نقصان الجرح اليهم كذا هاهنا قيل له النقصان لا يضاف الى السبب
السابق هاهنا كما لا يضاف الى شهادة الشهود هناك الا ان وجوب الضمان هاهنا لان وجوب
ضمان الغصب لا يقف على الفعل فيستند الضرب الى سبب كان في يد الغاصب ولا يستند اليه اثره
فيصير كانها ضربت في يد الغاصب فانجرحت عند الضرب لا بالضرب ولو كان كذلك لضمن الغاصب
كذا هذا وانما اعتبر الاكثر من نقصان الضرب ومن نقصان الزنا لما ذكرنا انهما تقدما النقصان
جميعا حصلا بسبب واحد فتعذر الجمع بين الضمانين فيجب الاكثر ويدخل الاقل والله اعلم ولو
كانت الجارية المغصوبة سرقت في يد الغاصب فردها على المالك فقطعت عنده يضمن
الغاصب نصف قيمتها في قول ابي حنيفة وعندهما لا يضمن الا نقصان السرقة والكلام في هذه
المسألة في الطرفين جميعا على نحو الكلام في المسألة الاولى الا ان ابا حنيفة اعتبر نقصان القطع
هاهنا ولم يعتبر نقصان عيب السرقة واعتبر نقصان عيب الزنا هناك لان النقصان القطع
يكون اكثر من نقصان السرقة ظاهرا وغالبا فيدخل الاقل في الاكثر بخلاف نقصان عيب الزنا لانه قد
يكون اكثر من نقصان الضرب لذلك اختلف اعتباره والله اعلم ولو حمت الجارية المغصوبة
في يد الغاصب ثم ردها على المولى فماتت في يده من الحمى التي كانت في يد الغاصب لم يضمن الغاصب
الا ما نقصها الحمى في قولهم جميعا لان الموت يحصل بالآلام التي لا يحتملها النفس وانها تحدث شيئا فشيئا
الى ان ينتهي فلم يكن الموت حاصلا بسبب كان في ضمان الغاصب فلا يضمن الا قدر نقصان الحمى
ولو غصب جارية محمومة او حبلى او بها جراحة او مرض اخر سوى الحمى فماتت من ذلك في يد الغاصب
فهو ضامن لقيمتها وبماذا لك فرق بين هذا وبين ما اذا ماتت في يد المولى بحبل كان في يد الغاصب

حيث

حيث جعل هنالك موتها في يد المالك كموتها في يد الغاصب ولم يجعل هاهنا موتها في يد الغاصب
كموتها في يد المالك ووجه الفرق ان الهلاك هناك حصل بسبب كان في ضمان الغاصب وهو
الحبل لانه يفضي اليه فاضيف اليه كانه حصل في يده فتبين ان الرد لم يصح لعدم شرط الصحة
على ما بينا والهلاك هاهنا ان حصل بسبب كان في يد المولى لكن لم يحصل بسبب كان في ضمانه لان
الحبل لم يكن مضمونا عليه فاذا غصبها فقد صادفت مضمونة بالغصب لان انعقاد سبب الهلاك
لا يمنع دخولها في ضمان الغاصب لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على فعل الغاصب فاذا هلكت
في يده تقرر الضمان لكن ينقص ما بها من المرض ونحوه لانها لم تدخل في ضمان الغصب الا كذلك
والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب فردها ان عليه
نقصان الهزال ولو عادت سمينة في يده فردها لا شيء عليه لان نقصان الهزال انجبر بالسمن
فصار كان لم يكن اصلا وكذا اذا قلعت سنها في يده فنبتت فردها لا شيء لما نبتت ثانيا جعل كانها
لم تقلع وكذا اذا قطعت يدها في يده فردها مع الارش لما قلنا والله اعلم وعلى هذا يخرج
نقصان الولادة انه مضمون على الغاصب لفوات جزء من المغصوب بالولادة الا اذا كان له جابر
فيتعذر الفوات من حيث المعنى وجملة الكلام في الجارية المغصوبة اذا نقصتها الولادة ان الامر
لا يخلو اما ان كان الام والولد جميعا قائمين في يد الغاصب واما ان هلكا جميعا في يده واما
ان هلك احدهما وبقي الاخر فان كانا قائمين ردهما على المغصوب منه ثم ينظر ان كان في قيمة
الولد وفاء بنقصان الولادة انجبر به ولا شيء على الغاصب وان لم يكن في قيمته وفاء بالنقصان
انجبر بقدره وضمن الباقي ولو لم يكن في الولد وفاء بالنقصان وقت الرد ثم حصل به وفاء بعد الرد
لم يعتبر ذلك لان الزيادة لم تحصل في ضمان الغاصب فلا يصلح لجبر النقصان وقالوا ان نقصان
الحبل على هذا الخلاف بان غصب جارية حائلا فحملت في يد الغاصب فردها الى المالك فولدت
عنده ونقصتها الولادة وفي الولد وفاء لا يضمن الغاصب شيئا خلافا لزفر وعلى هذا الخلاف اذا
بيعت بيعا فاسدا او هي حامل فولدت في يد المشتري ونقصتها الولادة وفي الولد وفاء فرد المشتري
الجارية مع الولد الى البائع لانه لا يضمن شيئا خلافا لزفر وعلى هذا الخلاف اذا كانت جارية
للتجارة فحال عليها الحول وقيمتها الف درهم فولدت فنقصتها الولادة مائتي درهم وفي الولد وفاء
بالنقصان انه يبقى الواجب في جميع الالف ولا يسقط منه شيء وعند زفر يبقى فيما وراء النقصان
ويسقط بقدره وجه قول زفر في مسألة الغصب انه وجد سبب وجوب الضمان وهو النقصان
فيجب الضمان جبرا له لان ضمان الغصب ضمان جبر الفائت وقد حصل الفوات فلا بد له من
جابر والولد لا يصلح جابرا له لان الفائت ملك المغصوب منه والولد ملكه ايضا ولا يعقل
ان يكون ملك الانسان جابرا لملكه فلزم جبره بالضمان ولنا ان هذا النقصان
صورة لا معنى كنقصان السن والسمن والقطع وقد مر والدليل على هذا ليس نقصانا معنى
ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة واتحاد سبب الزيادة والنقصان
يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى لان الزيادة مال متقوم مثل الفائت والسبب
الذي فوت افاد مثله من حيث المعنى فلم يجعل الفوات الا من حيث الصورة والصورة
غير مضمونة بالعينية في ضمان العدوان وقد خرج الجواب عن قوله ان جبر ملكه بملكه غير
معقول لان ما ذكرنا يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى فيمنع تحقق الفوات من حيث المعنى
فلا حاجة الى الجابر وان هلكا جميعا في يدي الغاصب ضمن قيمة الام يوم غصب لتحقق الغصب فيها

ولم يضمن قيمة الولد عندنا لانه غير مغصوب وعند الشافعي يضمن لوجود الغصب
فيه وقد مرت المسئلة في صدر الكتاب وان كان الغاصب قتل الولد او باعه ضمن قيمته
مع قيمة امه لان الولد وان كان امانة في ايدي الغاصب عندنا فالامانة تصير مضمونة
لوجود سبب الضمان فيها وقد وجد على ما بيناه فيما تقدم فان كانت قيمة الام الف درهم
فنقصتها الولادة مائة درهم والولد يساوي مائتين ضمن قيمة الام يوم الغصب الف درهم
وضمن من الولد نصف قيمته مائة درهم يدخل ذلك النصف في قيمة الام وان شئت ضمنته
قيمة الام يوم ولدت وقيمة الولد تامة وكل ذلك سوا لان النقصان اذا انجبر بالولد
كان الواجب من الضمان في الحاصل الف ومائة فاذا اعتبرت قيمة الام تامة بقي نصف قيمة
الولد واذا اعتبرت قيمة الام تسعمائة بقي كل قيمة الولد وان هلك احدهما وبقي الاخر
فان هلك الولد قبل الرد رد الام وضمن نقصان الولادة وليس عليه ضمان الولد عندنا
لانه هلك امانة وان هلكت الام وبقي الولد ضمن قيمة الام يوم غصب ورد الولد ولا يجبر
الام بالولد وان كان في قيمة الولد وفا بقيمة الام بخلاف ضمان النقصان انه يجبر بالولد
لان الجبر هناك لاتحاد سبب النقصان والزيادة وهو الولادة ولم يوجد ها هنا
لان الولادة سبب لحصول الولد وليست سببا لهلاك الام لانها لا تفضي الى الهلاك
غالبا فلم يتحد السبب فيتعذر الجبر والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب ثوبا فقطعه
ولم يخطه ان للمغصوب منه ان يضمنه النقصان غير ان النقصان ان كان يسيرا لا خيار
للمغصوب منه وليس له الا ضمان النقصان لان ذلك نقص وتعيب فيوجب ضمان نقصان
العيب وان كان فاحشا بان قطعه قبا او قميصا فهو بالخيار ان شا اخذه مقطوعا وضمنه
ما نقصه القطع وان شا تركه عليه وضمنه قيمة ثوب غير مقطوع لان القطع الفاحش
يفوت بعض المنافع المطلوبة من الثوب الا ترى انه لا يصلح لما كان يصلح له قبل القطع فكان
استهلاكا له من وجه فيثبت له الخيار وكذلك لو غصب شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها
فالمغصوب منه بالخيار ان شا اخذ الشاة وضمنه نقصان الذبح وان شا تركها عليه
وضمنه قيمتها يوم الغصب كذا ذكر في الاصل وسوا سلخها الغاصب واربها او لا بعد ان لم يكن
سواها ولا طبخها وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ان شا اخذ الشاة ولا شي له غيرها وان
شا ضمنه قيمتها يوم الغصب وجه هذه الرواية ان ذبح الشاة ان كان نقصانا صورة
فهو زيادة من حيث المعنى لان المقصود من الشاة اللحم والذبح وسيلة الى هذا المقصود
فلم يكن نقصانا بل كان زيادة حيث رفع عنه مؤنة الوسيلة فكان الغاصب محسنا
في الذبح وقد قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل فاذا اختار اخذ اللحم لا يلزمه شي اخر الا
يثبت له خيار الترك عليه وتضمين القيمة لفوات مقصود ما في الجملة وجه رواية الاصل ان
الشاة كما تطلب منها اللحم تطلب منها مقاصد اخر من الدر والنسل والتجارة فكان
الذبح تفويت بعض المقاصد المطلوبة منها فكان تنقيصا لها واستهلاكا من وجه
فيثبت خيار تضمين النقصان وخيار تضمين القيمة كما في مسئلة الثوب وعلى هذا الاصل يخرج
ما اذا غصب من انسان عينا من ذوات القيم او من ذوات الامثال ونقلها الى بلد اخر
فالتقيا والعين في يد الغاصب وقيمتها في ذلك المكان اقل من قيمتها في مكان الغصب ان للمغصوب
منه ان يطالبه في ذلك المكان اقل من قيمتها يعني قيمتها التي في مكان الغصب لان قيم الاعيان

تختلف باختلاف الاماكن بالزيادة والنقصان فاذا نقلها الى ذلك المكان وقيمتها فيه
اقل فقد نقصها من حيث المعنى بالنقل فلو اجبر على اخذ العين لتضرر من جهة الغاصب
فيثبت له الخيار ان شا طالبه بالقيمة التي في مكان الغصب وان شا انتظر العود الى مكان
الغصب بخلاف ما اذا وجده في البلد الذي غصبه فيه وقد انتقص السعر انه لا يكون ضامنا
النقصان هناك لما حصل بصنعه لانه حصل بتغير السعر ولا صنع للعبد في ذلك بل هو
محض صنع الله تعالى اعني مضمونه فلم يكن مضمونا عليه ولو كانت قيمة العين في المكان
المنقول اليه مثل قيمتها في مكان الغصب او اكثر ليس له ولاية المطالبة بالقيمة لان الحكم الاصلي
للغصب هو وجوب رد العين حال قيام العين والمصير الى القيمة لدفع الضرر وهاهنا
يمكنه الوصول الى العين من غير ضرر يلزمه فلا يملك العدول الى القيمة ولو كان المغصوب
دراهم او دنانير فليس له ان يطالبه بالقيمة وان اختلف السعر لان الدراهم والدنانير
جعلت اثمان الاشيا ومعنى الثمنية لا يختلف باختلاف الاماكن عادة لانه ليس لها حمل
ومؤنة لعزتها وقلتها عادة فلم يكن النقل نقصا لها واختلاف قيم الاعيان باختلاف الاماكن
لحاجة الى الحمل والمؤنة ولم يوجد فلم يكن له ولاية المطالبة بالقيمة وله ان يطالبه برد عينها
لانه هو الحكم الاصلي للغصب والمصير الى القيمة لعارض العجز او الضرر ولم يوجد هذا اذا
كانت العين المغصوبة قائمة في يد الغاصب فاما اذا كانت هالكة تبين ان الغصب السابق
وقع اتلافا من حين وجوده والحكم يثبت من حين وجود سببه وان كانت من ذوات الامثال
ينظر ان كان سعرها في المكان الذي التقيا فيه اقل من سعرها في مكان الغصب فالمغصوب منه
بالخيار ان شا اخذ القيمة التي للعين في مكان الغصب وان شا انتظر ولا يجبر على اخذ المثل
في هذا المكان لما ذكرنا انه نقص العين بالنقل الى هذا المكان لما بينا ان اختلاف قيمة
الاشيا التي لها حمل ومؤنة باختلاف المكان لمكان الحمل والمؤنة فالجبر على الاخذ في هذا المكان
يكون اضرارا به فيثبت له الخيار ان شا اخذ القيمة وان شا انتظر كما لو كانت العين قائمة وقيمتها
في هذا المكان اقل وان كانت قيمتها في هذا المكان مثل قيمتها في مكان الغصب كان للمغصوب منه
ان يطالبه بالمثل لانه لا ضرر فيه على احد وان كانت قيمتها في مكان الخصومة اكثر من قيمتها في مكان
الغصب فالغاصب بالخيار ان شا اعطاه المثل في مكان الخصومة وان شا اعطى القيمة في مكان
الغصب لان في الزام تسليم المثل في مكان الخصومة ضررا بالغاصب وفي التاخير الى العود
الى مكان الغصب ضررا بالمغصوب منه فتسلم اليه في هذا المكان القيمة التي له في مكان الغصب
الا ان يرضى المغصوب منه بالتاخير والله اعلم وان كان المغصوب من اموال الربوا مما لا يجوز بيعه بجنسه
متفاضلا كالمكيلات والموزونات فانتقص في يد الغاصب بصنعه او بغير صنعه فليس للمغصوب
منه ان ياخذه منه ويضمنه قيمة نقصانه لانه يؤدي الى الربوا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة
فعفنت في يد الغاصب او ابتلت او صب الغاصب فيها ما فانتقصت قيمتها ان صاحبها بالخيار ان
شا اخذها بعينها ولا شي له غيرها وان شا تركها على الغاصب وضمنه مثل ما غصب وليس له ان
ياخذها ويضمنه النقصان وهذا عندنا وعند الشافعي له ذلك بنا على ان الجودة بانفرادها
لا قيمة لها في اموال الربوا عندنا وعنده لها قيمة والمسئلة مرت في كتاب البيوع واذا لم تكن
متقومة لا تكون مضمونة لان المضمون هو المال المتقوم ولانها اذا لم تكن متقومة تؤدي الى
الربوا

درهما صحيحا او دينارا صحيحا فانكسر في يده او كسره ان كان في موضع لا يتفاوت

الصحيح والمكسر في القيمة لا شيء على الغاصب وان كان في موضع يتفاوت فصاحبها بالخيار ان
شاء اخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه عليه وضمنه مثل ما اخذ وليس له ان ياخذه
بعينه ويضمنه النقصان عندنا خلافا للشافعي بناء على الاصل الذي ذكرنا وان كان المغصوب
اناء فضة او ذهب فانهشم في يد الغاصب او هشمه فالمالك بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء
له غيره وان شاء ضمنه قيمته من خلاف الجنس لان الجودة لا قيمة لها بانفرادها فاما مع الاصل
متقومة خصوصا اذا حصلت بصنع العباد ولا بد من التضمين والتضمين بالمثل غير ممكن لانه
لا مثل له فوجب التضمين بالقيمة ثم لا سبيل الى تضمينه بجنسه لانه يؤدي الى الربوا فلزمه
تضمينه بخلاف جنسه بخلاف الدراهم والدنانير لان هناك ايجاب المثل ممكن وهو الاصل في الباب
ولا يعدل عن الاصل من غير ضرورة ولو قضى عليه بالقيمة من خلاف الجنس ثم تفرقا قبل التقابض
من الجانبين لا يبطل القضاء عند اصحابنا الثلثة لان القيمة قامت مقام العين وعند زفر يبطل
لانه صرف وكذلك انية الصفر والنحاس والشبه والرصاص ان كانت تباع وزنا فهي والانية
الذهب والفضة سواء الا انها اذا كانت تباع وزنا لم تخرج بالصناعة عن حد الوزن فكانت
موزونة فكانت من اموال الربوا كالذهب والفضة وكذلك هذا الحكم في كل مكيل وموزون
اذا نقص من وصفه لا من الكيل والوزن وان كانت تباع عددا فانكسرت او كسرت ان كان
ذلك لم يورث فيه عيبا فاحشا فليس لصاحبه خيار الترك ولكنه ياخذها ويضمنه نقصان
القيمة وان كان اورث عيبا فاحشا فصاحبها بالخيار ان شاء اخذها واخذ قيمة النقصان
وان شاء تركها عليه وضمنه قيمتها صحيحا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عنبا فصار خلا في
يده او لبنا حليبا فصار مخيضا او عنبا فصار زبيبا او رطبا فصار تمرا ان المغصوب منه بالخيار
ان شاء اخذ ذلك الشيء بعينه ولا شيء له غيره لان هذه من اموال الربوا فلم تكن الجودة فيها بانفرادها
متقومة فلا تكون متقومة وان شاء تركه على الغاصب وضمنه مثل ما غصب لما ذكرنا فيما تقدم
واما معرفة النقصان فتقوم يقوم صحيحا ويقوم وبه العيب فيجب قدر ما بينهما لانه لا
يمكن معرفة قدر النقصان الا بهذا الطريق والله اعلم واما الذي يتعلق بحال زيادة المغصوب
فنقول وبالله التوفيق اذا حدثت زيادة في المغصوب في يد الغاصب فالزيادة لا تخلو
اما ان كانت منفصلة عن المغصوب واما ان كانت متصلة به فان كانت منفصلة عنه اخذها المغصوب
منه مع الاصل ولا شيء عليه للغاصب سواء كانت متولدة من الاصل كالولد والثمرة واللبن والصوف
او ما هو في حكم المتولد كالارش والعقر او غير متولدة منه اصلا كالكسب من الصيد والهبة والصدقة
ونحوها لان المتولد منها نماء ملكه فكان ملكه وما في حكم المتولد بدل جزء مملوك او بدل ما له
حكم الجزء فكان مملوكا له وغير المتولد كسب ملكه فكان ملكه واما ملك المنفعة وهو الاجرة
بان اجر الغاصب المغصوب فهي للغاصب عندنا ويتصدق به خلافا للشافعي بناء على ان المنافع
ليست باموال متقومة بانفسها عندنا حتى لا تضمن بالغصب والاتلاف كالاعيان وقد ذكرنا
المسئلة فيما تقدم والله اعلم وان كانت متصلة به فان كانت متولدة كالحسن والجمال والسمن
والكبر ونحوها اخذها المالك مع الاصل ولا شيء عليه للغاصب لانها نماء ملكه وان كانت غير متولدة
منه ينظر ان كانت الزيادة عين مال متقوم في المغصوب وهو تابع للمغصوب فالمغصوب منه بالخيار على ما نذكر
وان لم يكن عين مال متقوم قايم اخذها المغصوب منه ولا شيء للغاصب وان كانت عين مال متقوم
لكن ليس بتبع للمغصوب بل هي اصل بنفسها [illegible] عن ملك المغصوب منه ويصير ملكا للغاصب بالضمان

وبيان

وبيان هذا في مسائل اذا غصب من انسان ثوبا فصبغه الغاصب بصبغ نفسه فان صبغه
احمر او اصفر بالعصفر والزعفران وغيرهما من الالوان سوى السواد فصاحب الثوب
بالخيار ان شاء اخذ الثوب من الغاصب واعطاه ما زاد الصبغ فيه اما ولاية اخذ الثوب فلان
الثوب ملكه لبقاء اسمه ومعناه واما ضمان ما زاد الصبغ فيه فلان للغاصب عين مال متقوم
قايم فلا سبيل الى ابطال ملكه عليه من غير ضمان فكان الاخذ بضمان رعاية للجانبين وان شاء ترك
الثوب على الغاصب وضمنه قيمة ثوب ابيض يوم الغصب لانه لا سبيل الى جبره على اخذ الثوب
اذ لا يمكنه اخذه الا بضمان وتفويته ما زاد الصبغ فيه ولا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة
سبب وجوب الضمان منه وقيل له خيار ثالث ان يترك الثوب على حاله وذات الصبغ فيه للغاصب فيباع
الثوب ويقسم الثمن على قدر حقيهما كما اذا انصبغ لا بفعل احد لان الثوب ملك المغصوب منه والصبغ
ملك الغاصب والتمييز متعذر فصارا شريكين في الثوبين فيباع الثوب ويقسم الثمن بينهما على
قدر حقيهما وانما كان الخيار للمغصوب منه لا للغاصب وان كان للغاصب فيه ملك ايضا وهو
الصبغ لان الثوب اصل والصبغ تابع فيجعل صاحب الاصل اولى من تخيير صاحب التبع ولان الغاصب
ان يجعل الثوب بالعصفر لانه صاحب تبع وان صبغه اسود اختلف فيه قال ابو حنيفة صاحب
الثوب بالخيار ان شاء تركه على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض وان شاء اخذ الثوب ولا شيء للغاصب
بل ضمنه النقصان وقال ابو يوسف ومحمد السواد وساير الالوان سواء وهذا بناء على ان السواد نقصان
عند ابي حنيفة لانه يحرق الثوب فينقصه وعندهما زيادة كساير الالوان وقيل انه لا خلاف
بينهم في الحقيقة وجواب ابي حنيفة في سواد ينقص وجوابهما في سواد يزيد وقيل كان السواد يعد
نقصانا في زمنه وزمنهما كان يعد زيادة فكان اختلاف زمان والله اعلم واما العصفر اذا
نقص الثوب بان كانت قيمة الثوب ثلثين فعادت قيمته بالصبغ الى عشرين فانه ينظر الى قدر ما
يزيد هذا الصبغ لو كان في ثوب [illegible] يزيد هذا الصبغ قيمته ولا ينقص فان كان يزيد خمسة دراهم
فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة ثوب ابيض ثلثين درهما وان
شاء اخذ الثوب عشرة دراهم الا انه يغرم خمسة فيه صبغ فانجبر نقصان الخمسة به او صارت الخمسة
قصاصا ويبقى نقصان خمسة فيرجع عليه بخمسة وكذلك السواد على هذا والله اعلم ولو صبغ الثوب
المغصوب بعصفر نفسه وباعه وغاب ثم حضر صاحب الثوب يقضى له بالثوب ويستوثق منه
بكفيل اما القضاء بالثوب لصاحب الثوب فلما ذكرنا ان الثوب اصل والصبغ تابع له فكان صاحب
الثوب صاحب اصل فكان اعتبار جانبه اولى واما الاستيثاق بكفيل فلان للغاصب فيه عين مال
متقوم قايم ولو وقع الثوب المغصوب في صبغ انسان فانصبغ به او هبت الريح بثوب انسان فالقته
في صبغ غيره فانصبغ به فان كان الصبغ عصفرا او زعفرانا فصاحب الثوب بالخيار ان شاء اخذ
الثوب واعطاه ما زاد الصبغ فيه لما مر وان شاء امتنع لما ذكرنا انه لا سبيل الى جبره على الضمان
لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه فيباع الثوب فيضرب كل واحد منهما بحصته يضرب صاحب
الثوب بقيمة الصبغ في الثوب وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه لان حقه في الصبغ القايم في الثوب لا في
الصبغ المنفصل وانما ثبت الخيار لصاحب الثوب لا للغاصب لما بينا وان كان سوادا اخذه صاحب
الثوب ولا شيء عليه من قيمة الصبغ بل يضمنه النقصان ان كان غاصبا لان النقصان حصل في ضمانه وهذا
قول ابي حنيفة وعندهما حكمه حكم ساير الاموال على ما بينا وكذلك السمن يخلط بالسويق المغصوب
او يختلط به فالسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق اصل والسمن كالتابع له الا ترى

انه يقال سويق ملتوت ولا يقال سمن ملتوت واما العسل اذا خلط بالسمن او اختلط به
فكلاهما اصل واذا خلط المسك بالدهن او اختلط به فان كان يزيد الدهن ويصلحه كان المسك
بمنزلة الصبغ وان كان دهنا لا يصلح بالخلط ولا يزيد في قيمته كالادهان المنتنة فهو هالك والله
يجتنب به والله اعلم ولو غصب من انسان ثوبا ومن انسان صبغا فصبغه به ضمن لصاحب الصبغ صبغا
مثل صبغه لانه اتلف عليه صبغه وهو من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل فبعد ذلك حكم
وحكم ما اذا صبغ الثوب المغصوب بصبغ نفسه سوا لانه ملك الصبغ بالضمان وقد بينا ذلك
ولو غصب من انسان ثوبا ومن اخر صبغا فصبغه به ثم غاب ولم يعرف فهذا وما اذا انصبغ بغير فعل
احد سوا استحسانا والقياس ان لا يكون لصاحب الصبغ على صاحب الثوب سبيل وجه القياس ما ذكرنا
ان الصبغ صار مضمونا عليه لوجود الاتلاف منه فملكه بالضمان وزال عنه ملك صاحبه وجه
الاستحسان انه اذا غاب الغاصب على وجه لا يعرف لا يمكن اعتبار فعله في ازالة الحكم عليه فيجعل
كانه حصل لا بصنع احد ولو غصب ثوبا وعصفرا من رجل واحد فصبغه به فالمغصوب منه يأخذ
الثوب مصبوغا ويبرئ الغاصب من الضمان في العصفر والثوب استحسانا والقياس ان يضمن الغاصب
عصفرا مثله ثم يصير كانه صبغ ثوبه بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب لما ذكرنا انه اتلف
عليه عصفره وملكه بالضمان فصار كانه صبغ الثوب بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب
وجه الاستحسان ان المغصوب منه واحد فالغاصب خلط المغصوب منه بماله وخلط مال الانسان
بماله لا يعد استهلاكا له بل يكون نقصانا فاذا اختار اخذ الثوب فقد ابراه عن النقصان
ولو كان العصفر لرجل والثوب لاخر فرضيا ان يأخذاه كما يأخذ الواحد ان لو كانا له فليس لهما
ذلك لان المالك هاهنا اختلف فكان الخلط استهلاكا والله اعلم ولو غصب انسانا عصفرا
وصبغ به ثوبا لنفسه ضمن عصفرا مثله لانه استهلك عليه عصفره وله مثل فيضمن مثله وليس
لصاحب العصفر ان يحبس الثوب لان الثوب اصل والعصفر تابع له والسواد في هذا بمنزلة العصفر
في قول ابي حنيفة ايضا لان هذا ضمان الاستهلاك والالوان كلها في حكم ضمان الاستهلاك سوا
والله اعلم ولو غصب دارا فجصصها ثم ردها قيل لصاحبها اعطه ما زاد التجصيص فيها الا ان
يرضى صاحب الدار ان يأخذ الغاصب جصه لان للغاصب فيها عين مال متقوم قائم وهو الجص
فلا يجوز ابطال حقه عليه من غير عوض فيتخير صاحب الدار لانه صاحب اصل وان شا اخذها
وغرم للغاصب ما زاد التجصيص فيها وان شا رضي بان يأخذ جصه ولو غصب مصحفا فنقطه
روي عن ابي يوسف ان لصاحبه اخذه ولا شي عليه وقال محمد صاحبه بالخيار ان شا اعطاه ما
زاد النقط فيه وان شا ضمنه قيمته غير منقوط وجه قول محمد ان النقط زيادة في المصحف
فاشبه الصبغ في الثوب وجه ما روي عن ابي يوسف ان النقط اعيانا لا قيمة لها فلم يكن للغاصب
فيه عين مال متقوم قائم بل مجرد عمل وهو النقط ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد
ولان النقط في المصحف مكروه الا ترى الى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال جردوا
القران واذا كان التجريد مندوبا اليه كان النقط مكروها فلم يكن زيادة فكان لصاحب المصحف
اخذه ولو غصب حيوانا فكبر في يده او سمن وازدادت قيمته بذلك فلصاحبه ان يأخذه ولا
شي عليه للغاصب لانه ليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وانما الزيادة نما ملك المالك
وكذلك لو غصب جريحا او مريضا فداواه حتى برا وصح لما قلنا ولا يرجع الغاصب على المالك
بما انفق لانه انفق على مال الغير بغير اذنه فكان متبرعا وكذلك لو غصب ارضا فيها زرع

او نجر

او نجر فسقاه الغاصب وانفق عليه حتى انتهى بلوغه وكذلك لو كان نخلا المطلع فابره ونحو
وقام عليه فهو للمغصوب منه ولا شي للغاصب فيما انفق لما قلنا ولو كان حصد الزرع فاستهلكه
او جذ الثمر فاستهلكه او جز الصوف او حلب كان ضامنا لانه اتلف مال الغير بغير اذنه فيضمن
ولو غصب ثوبا ففتله او غسله او قصره فلصاحبه ان يأخذه ولا شي للغاصب لانه ليس للغاصب
عين مال متقوم قائم فيه اما الفتل فانه تغيير الثوب من صفة الى صفة واما الغسل فانه
ازالة الوسخ عن الثوب واعادته الى الحالة الاولى والصابون او الحرض فيه يتلف ولا يبقى
واما القصارة فانها تسوية اجزا الثوب فلم يحصل في المغصوب زيادة عين مال متقوم قائم
ولو غصب من مسلم خمرا فخللها فلصاحبها ان يأخذ الخل من غير شي لان الخل ملكه لان الملك كان
ثابتا له في الخمر فاذا صار خلا حدث الخل على ملكه وليس للغاصب فيه عين مال قائم متقوم لان
الملح الملقى في الخمر يتلف فيها فصار كما لو تخللت بنفسها في يده ولو كان كذلك لاخذه من غير
شي كذا هذا وقيل موضوع المسئلة انه خللها بالنقل من الظل الى الشمس لا بشي له قيمة وهو
الصحيح وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة فدبغه انه ان دبغه بشي لا قيمة له كالما والتراب
والشمس كان لصاحبه ان يأخذه ولا شي عليه للغاصب لان الجلد كان ملكه وبعدما صار مالا
بالدباغ بقي على حكم ملكه وليس لصاحبه فيه عين مال متقوم قائم انما فيه مجرد فعل الدباغ ومجرد
العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد هذا اذا اخذه من منزله فدبغه فاما اذا كانت الميتة
ملقاة على الطريق فاخذ جلدها فدبغه فلا سبيل له على الجلد لان الالقا في الطريق اباحة
للاخذ كالقا النوى وقشور الرمان على قوارع الطرق ولو هلك الجلد المغصوب بعدما دبغه
بشي لا قيمة له لا ضمان عليه لان الضمان لو وجب عليه اما ان يجب بالغصب بعدما دبغه بشي لا قيمة له
السابق واما ان يجب بالاتلاف لا سبيل الى الاول لانه لا قيمة له وقت الغصب ولا سبيل
الى الثاني لانه لم يوجد الاتلاف من الغاصب وان استهلكه يضمن بالاجماع لانه كان ملكه قبل
الدباغ وبعدما صار مالا بالدباغ بقي على حكم ملكه لا حق للغاصب فيه واتلاف مال مملوك
للغير بغير اذنه لا حق له فيه يوجب الضمان ولو دبغه بشي متقوم كالقرظ والعفص ونحوهما
فلصاحبه ان يأخذه ويغرم له ما زاد الدباغ فيه لانه ملك صاحبه وللغاصب فيه عين مال متقوم
قائم فيلزم مراعاة الجانبين وذلك فيما قلنا وليس له ان يضمنه قيمة الجلد لانه لو ضمنه قيمته يوم
الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب ولو هلك في يده بعدما دبغه لا ضمان عليه لما بينا ولو استهلكه
فكذلك عند ابي حنيفة وذكر في ظاهر الرواية ان على قول ابي يوسف ومحمد يضمن قيمته مدبوغا ويعطيه
المالك ما زاد الدباغ فيه وذكر الطحاوي في مختصره ان عندهما يغرم قيمته ان لو كان الجلد ذكيا
غير مدبوغ وجه قولهما انه اتلف مالا متقوما مملوكا بغير اذن مالكه فيوجب الضمان كما اذا دبغه
بشي لا قيمة له فاستهلكه وانما قلنا ذلك اما المالية والتقوم فلان الجلد بالدباغ صار مالا متقوما
واما الملك فلانه كان ثابتا له قبل الدباغ وبعده بقي على حكم ملكه ولهذا وجب عليه الضمان
فيما اذا دبغه بما لا قيمة له كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان التقوم حدث بصنع الغاصب فلا يجب
الضمان عليه لان الاصل ان الحادث بفعل الانسان يكون حقا له فلا يمكن ايجاب الضمان عليه فالتحق
هذا الوصف بالعدم فكان هذا اتلاف مال لا قيمة له من حيث المعنى فلا يجب الضمان ولان تقوم
الجلد تابع لما زاد الدباغ فيه لانه حصل بالدباغ وما زاد الدباغ فيه مضمون فكذا ما هو تابع له يكون
ملحقا به والمضمون بدله لا يضمن بالقيمة عند الاتلاف كالمبيع قبل القبض بخلاف ما اذا دبغه

بشيء لا قيمة له لأن هناك ما زاد الدباغ فيه غير مضمون فلم يوجد الأصل فلا يلحق رغبته
وإن كان الجلد ذكيا فدبغه فإن دبغه بما لا قيمة له فلصاحبه أن يأخذه ولا شيء عليه لما ذكرنا
أنه ملكه صاحبه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وليس له أن يضمن الغاصب شيئا لأن
الجلد قائم لم ينتقص ولو دبغه بما له قيمة فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ وإن
شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لما ذكرنا في الثوب المغصوب إذا صبغه أحمر أو أصفر
بصبغ نفسه ولو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديما أو رقا أو دفترا أو جرابا أو فروا لم يكن للمغصوب
منه على ذلك سبيل لأنه صار شيئا آخر حيث تبدل الاسم والمعنى فكان استهلاكا له ومعنى ثم إن
كان الجلد ذكيا فله قيمته يوم الغصب وإن كان ميتة فلا شيء له ولو غصب عصير المسلم فصار خمرا في يده
أو خلا ضمن عصيرا مثله لأنه هلك في يده لصيرورته خمرا أو خلا والعصير من ذوات الأمثال فيكون
مضمونا بالمثل **فصل** وأما حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه إذا قال الغاصب هلك
المغصوب في يدي ولم يصدقه المغصوب منه ولا بينة للغاصب فإن القاضي يحبس الغاصب
مدة لو كان قائما لأظهره في تلك المدة ثم يقضي عليه بالضمان لما ذكرنا فيما تقدم أن الحكم الأصلي
للغصب هو وجوب رد عين المغصوب والقيمة خلف عنه فما لم يثبت العجز عن الأصل لا يقضى
بالقيمة التي هي خلف ولو اختلفا في أصل الغصب أو في جنس المغصوب ونوعه أو قدره أو صفته
أو قيمته وقت الغصب فالقول في ذلك كله قول الغاصب لأن المغصوب منه يدعي عليه الضمان
وهو ينكر فكان القول قوله لأن القول في الشرع قول المنكر ولو أقر الغاصب بما يدعي المغصوب منه
وادعى الرد عليه لا يصدق إلا ببينة لأن الإقرار بالغصب إقرار بوجود سبب وجوب الضمان
منه فهو بقوله رددت عليك يدعي انفساخ السبب فلا يصدق من غير بينة **وكذلك** لو ادعى
الغاصب أن المغصوب منه هو الذي أحدث العيب في المغصوب لا يصدق إلا ببينة لأن الإقرار
بوجود الغصب منه إقرار بوجود الغصب بجميع أجزائه في ضمانه فهو يدعي إحداث العيب من
المغصوب منه يدعي خروج بعض أجزائه عن ضمانه فلا يصدق إلا ببينة ولو أقام المغصوب منه
البينة أنه غصب الدابة ونفقت عنده وأقام الغاصب البينة أنه ردها إليه وإنما نفقت
عنده فلا ضمان عليه لأن من الجائز أن شهود المغصوب منه اعتمدوا في شهادتهم على استصحاب الحال
لما أنهم علموا بالغصب وما علموا بالرد فبنوا الأمر على ظاهر بقاء المغصوب في يد الغاصب إلى وقت
الهلاك وشهود الغاصب في شهادتهم بالرد اعتمدوا حقيقة الأمر وهو الرد لأنه أمر لم يكن
فكانت الشهادة القائمة على الرد أولى كما في شهود الجرح مع شهود التزكية وروي عن أبي يوسف
أن الغاصب ضامن **ولو أقام** المغصوب منه البينة أنه غصب منه هذا العبد ومات عنده وأقام
الغاصب البينة أن العبد مات في يد مولاه قبل الغصب لم ينتفع بهذه الشهادة لأن موته في يد مولاه
قبل الغصب لا يتعلق به حكم فلم تقبل الشهادة عليه والتحقت بالعدم فيجب العمل بشهادة الشهود
المغصوب منه ولأن من الجائز أن شهود الغاصب اعتمدوا استصحاب الحال ومتى حالت اليد التي كانت
على المولى لجواز أنهم علموها ثابتة ولم يعلموا بالغصب وظنوا أن تلك اليد قائمة فاستصحبوها وشهود
المغصوب منه اعتمدوا في شهادتهم تحقق الغصب فكانت شهادتهم أولى بالقبول ولو أقام المغصوب
منه البينة أن الغاصب غصبه يوم النحر بالكوفة وأقام الغاصب البينة أنه كان يوم النحر بمكة
هو والعبد فالضمان واجب على الغاصب لأن بينة الغاصب لا تتعلق بها حكم فالتحقت بالعدم فبقيت
بينة المغصوب منه بلا معارض فلزم العمل بها وقال محمد في الإملاء إذا أقام الغاصب البينة أنه

مات في يد المغصوب منه وأقام المغصوب منه البينة أنه مات في يدي الغاصب فالبينة بينة
الغاصب لما ذكرنا أن بينته قامت على إثبات أمر لم يكن وهو الرد وبينة المغصوب منه قامت
على إبقاء ما كان وهو الغصب فكانت بينة الرد أولى والله أعلم **ولو أقام** المغصوب منه
البينة أن الدابة نفقت عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب البينة أنه ردها إليه
فالبينة بينة المغصوب منه وعلى الغاصب القيمة لأن بينة الغاصب لا تدفع بينة المغصوب منه
لأنها قامت على رد المغصوب ومن الجائز أنه رده ثم غصبه ثانيا وركبه فنفق في يده فأمكن الجمع
بين البينتين وكذلك لو شهد شهود صاحب الدابة أن الغاصب قتلها وشهد شهود الغاصب
أنه ردها إليه لما قلنا إذا قال رجل لآخر غصبنا منك ألف درهم ثم قال كنا عشرة قال أبو
يوسف لا يصدق وقال زفر يصدق **وجه قول** زفر أن قوله غصبنا منك حقيقة
للجمع والعمل بحقيقة اللفظ واجب وفي الحمل على الواحد ترك العمل بالحقيقة فلا يصدق
قول أبي يوسف أن العمل بالحقيقة واجب ما أمكن وهاهنا لا يمكن لأن قوله غصبنا
إخبار عن وجود الغصب من جماعة مجهولين فلو عملنا بحقيقته لألغينا كلامه ولا شك أن
العمل بالمجاز أولى من الإلغاء **فصل** وأما سائر الإتلاف فالكلام فيها أن الإتلاف
لا يخلو إما أن ورد على بني آدم وإما أن ورد على غيرهم من البهائم والجمادات فإن ورد على
بني آدم فحكمه في النفس وما دون النفس يذكر في كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى
وإن ورد على غير بني آدم فإنه يوجب الضمان إذا استجمع شرائط الوجوب ويقع الكلام فيه
في ثلاثة مواضع في بيان كونه سببا لوجوب الضمان وفي بيان شرائط وجوب الضمان وفي
بيان الضمان الواجب به أما الأول فلا شك أن الإتلاف سبب لوجوب الضمان عند
استجماع شرائط الوجوب لأن إتلاف الشيء إخراجه من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة
منه عادة وهذا اعتداء وإضرار وقد قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم وقال صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا إضرار في الإسلام وقد تعذر نفي الضرر من حيث
الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفي الضرر بالقدر
الممكن ولهذا أوجب الضمان بالغصب فبالإتلاف أولى لأنه في كونه اعتداء وإضرارا فوق الغصب
فلما وجب بالغصب فبالإتلاف أولى سواء وقع إتلافا له صورة ومعنى بإخراجه عن كونه
صالحا للانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة لأن كل ذلك اعتداء وإضرار وسواء كان
الإتلاف مباشرة بإيصال الآلة بمحل التلف أو تسبيبا بالفعل في محل يفضي إلى تلف
آخر عادة لأن كل واحد منهما يقع اعتداء وإضرارا فيوجب الضمان **وبيان** ذلك في مسائل
إذا قتل دابة إنسان أو أحرق ثوبه أو قطع شجره أو أراق عصيره أو هدم بناءه ضمن سواء كان
المتلف في يد المالك أو في يد الغاصب لتحقق الإتلاف في الحالين غير أن المغصوب
إن كان منقولا وهو في يد الغاصب يخير المالك إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن المتلف
لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما فإن ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بما ضمن
على المتلف لأنه ملك المغصوب بالضمان فتبين أن الإتلاف ورد على ملكه وإن ضمن المتلف
لا يرجع بالضمان على أحد وإن كان عقارا ضمن المتلف ولا يضمن الغاصب عند أبي حنيفة
وأبي يوسف وعند محمد الجواب فيه وفي المنقول سواء بناء على أن العقار غير مضمون بالغصب
عندهما وعنده مضمون به فكان له أن يضمن أيهما شاء كما في المنقول وكذلك إذا نقص

مال انسان مما لا يجري فيه الربوا ضمن النقصان سوا كان في يد المالك او في يد الغاصب
لان النقصان تلف جزء منه على ملكه وتضمينه ممكن لانه لا يودي الى الربوا فيضمن قدر
النقصان بخلاف اموال الربويه على ما مر غير ان النقصان اذا كان بفعل غير الغاصب
فالمغصوب منه بالخيار ان شا ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على الذي نقص وان شا ضمن
الذي نقص وهو لا يرجع على احد لما قلنا ولو غصب عبدا قيمته الف درهم فان زاد في
الغاصب حتى صارت قيمته الفين فقتله انسان خطا فالمالك بالخيار ان شا
ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب الف درهم وان شا ضمن القاتل قيمته وقت القتل
الفين لانه وجد سببا وجوب الضمان الغصب والقتل والزيادة الحادثة في يد
الغاصب غير مضمونة بالغصب وهي مضمونة بالقتل وكذلك ضمن الغاصب الفا والقاتل
الفين فان ضمن القاتل فانه لا يرجع على احد وان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع على عاقلة
القاتل بالفين ويتصدق بالفضل على الالف **واما** الرجوع عليه بالفين فلانه ملك المغصوب
بالضمان فتبين ان القتل ورد على عبد الغاصب فيضمن قيمته **واما** التصدق بالفضل
على الالف فلتمكن الخبث فيه لاختلاف الملك وينبغي ان يكون هذا على اصل ابي حنيفة اظهر
فاما على اصل ابي يوسف فالفضل طيب له ولا يلزمه التصدق به وان قتله الغاصب
بعد الزيادة خطا فالمغصوب منه بالخيار ان شا ضمنه الغصب الف درهم وان شا
ضمن عاقلته قيمته يوم القتل الفي درهم وهو الصحيح بخلاف المغصوب اذا كان حيوانا
سوى بني ادم فقتله الغاصب بعد الزيادة انه لا يضمن قيمته الا يوم الغصب الف درهم
عند ابي حنيفة وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم **ولو قتل** العبد نفسه في يد الغاصب
بعد حدوث الزيادة ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب الفا كذا هذا ولو كانت الزيادة
ولدا فقتلت الجارية ولدها ثم ماتت الجارية فعلى الغاصب قيمتها يوم الغصب الف درهم
وليس عليه ضمان الولد لان قتلها ولدها هدر لا حكم له فالتحق بالعدم كانه مات حتف
انفه فهلك امانة ويغيب الام مضمونة بالغصب ولو اودع رجلان رجلا كل واحد منهما
الف درهم فخلط المستودع احد الالفين بالاخر خلطا لا يتميز ضمن لكل واحد منهما الفا وملك
المخلوط في قول ابي حنيفة لان الخلط وقع اتلافا معنى وعند ابي يوسف ومحمد هما بالخيار
بين ان يا خذا ذلك ويقتسماه بينهما وبين ان يضمناه والمسلة مرت في كتاب الوديعة ثم قال
محمد ولا يسع المودع اكل هذه الدراهم حتى يودي مثلها الى صاحبها وهذا صحيح لاطلاقه
لان عندهما لم ينقطع حق المالك وعند ابي حنيفة اذا انقطع وثبت الملك للمستودع لكن فيه
خبث فيمنع من التصرف فيه حتى يرضي صاحبه **ولو ان** رجلا له كر اغتصب رجل احدهما
او سرقه ثم ان المالك اودع الغاصب او السارق ذلك الاخر فخلطه بكر الغصب ثم ضاع ذلك
كله ضمن كر الغصب ولم يضمن كر الوديعة بسبب الخلط لانه خلط ملكه بملكه وذلك ليس باستهلاك
فلا يجب الضمان عليه بسبب الخلط وبقي الكر المضمون وكر الامانة في يده على حالهما فصار كانهما هلكا
قبل الخلط ولو خلط الغاصب دراهم الغصب بدراهم نفسه خلطا لا يتميز ضمن مثلها وملك المخلوط
لانه اتلفه بالخلط وان مات كان ذلك لجميع الغرما والمغصوب منه اسوة الغرما لانه زال
ملكه عنها وصار ملكا للغاصب ولو اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه بغير صنعه فلا يضمن
وهو شريك للمغصوب منه لان الاختلاط من غير صنعه هلاك وليس باستهلاك فصار كما لو تلفت
بنفسها وصارا شريكين لاختلاط الملكين على وجه لا يتميز والله اعلم ولو صب **ولو** في طعام

في يد

في يد انسان فافسده وزاد في كيله فلصاحب الطعام ان يضمنه قيمته قبل ان يصب فيه الماء
وليس له ان يضمنه طعاما مثله ولا يجوز له ان يضمنه مثل كيله قبل صب الماء وكذلك لو صب ما
في دهن او زيت لانه لا سبيل الى ان يضمنه مثل الطعام المبلول والدهن المصبوب فيه الماء لانه
لا مثل له ولا سبيل الى ان يضمنه مثل كيل الطعام قبل صب الماء لانه لم يكن من غصب متقدم حتى لو غصب
ثم صب فعليه مثله والله اعلم **ولو فتح** باب قفص فطار الطير منه وضاع لم يضمن في قول ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمن وقال الشافعي ان طار من فوره ذلك ضمن وان مكث ساعة
ثم طار لم يضمن **وجه** قول محمد ان فتح باب القفص وقع اتلافا للطير تسبيبا لان الطير ان للطير
طبع له فالظاهر انه يطير اذا وجد المخلص فكان الفتح اتلافا له تسبيبا فيوجب الضمان
كما اذا شق زق انسان فيه دهن مايع فسال وهلك وهذا وجه قول الشافعي ايضا الا انه يقول
اذا مكث ساعة لم يكن الطيران بعد ذلك مضافا الى الفتح بل الى اختياره فلا يجب الضمان
وجه قولهما ان الفتح ليس باتلاف مباشرة ولا تسبيبا اما المباشرة فظاهرة الانتفا واما التسبب
فلان الطير مختار في الطيران لانه حي وكل حي له اختيار فكان الطيران مضافا الى اختياره والفتح
سببا محضا فلا حكم له كما اذا حل العبد عن عبد انسان حتى ابق انه لا ضمان عليه لما قلنا كذا هذا
بخلاف شق الزق الذي فيه دهن مايع لان المايع سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الاستمساك
عند عدم المانع الا على بعض العادة فكان الفتح تسبيبا للتلف فيجب الضمان وعلى هذا الخلاف
اذا حل رباط الدابة او فتح باب الاصطبل حتى خرجت الدابة وظلت وقالوا اذا حل رباط
الزيت ان كان ذايبا فسال ضمن وان كان السمن جامدا فذاب بالشمس وسال لم يضمن لما
ذكرنا ان المايع يسيل بطبعه اذا وجد منفذا بحيث يستحيل استمساكه عادة فكان حل الرباط
اتلافا له تسبيبا فيوجب الضمان بخلاف الجامد لان السيلان طبع المايع لا طبع الجامد
وهو ان صار مايعا لكن لا بصنعه بل بحرارة الشمس فلم يكن التلف مضافا اليه لا مباشرة ولا
تسبيبا فلا يضمن والله اعلم **وعلى هذا** يخرج ما اذا غصب صبيا صغيرا حرا من اهله فعقره
سبع او نهشته حية او وقع في بير او من سطح فمات ان على عاقلة الغاصب الدية لوجود الاتلاف
من الغاصب تسبيبا لانه كان محفوظا بيد وليه اذ هو لا يقدر على حفظ نفسه بنفسه فاذا فوت
حفظ الاهل عنه ولم يحفظه بنفسه حتى اصابته افة فقد ضيعه فكان ذلك منه اتلافا تسبيبا
والحر ان لم يكن مضمونا بالغصب يكون مضمونا بالاتلاف مباشرة كان او تسبيبا ولو قتله انسان
خطا في يد الغاصب فلاوليايه ان يتبعوا ايهما شاوا الغاصب او القاتل اما القاتل فلوجود
الاتلاف منه مباشرة واما الغاصب فلوجود الاتلاف منه تسبيبا لما ذكرنا والسبب بمنزلة
المباشرة في وجوب الضمان كحفر البير على قارعة الطريق والشهادة على القتل حتى لو رجع شهود
القصاص ضمنوا فان اتبعوا القاتل لا يرجع على احد وان اتبعوا الغاصب فالغاصب يرجع على
القاتل لان الغاصب باداء الضمان قام مقام المستحق في حق ملك الضمان وان تعذر ان يقوم
مقامه في حق ملك المضمون كغاصب المدبر اذا قتل المدبر في يده واختار المالك تضمين الغاصب
يرجع بالضمان على القاتل وان لم يملك نفس المدبر باداء الضمان كذا هذا وكذلك لو وقع عليه حائط
انسان فالغاصب ضامن ويرجع على عاقلة صاحب الحائط ان كان تقدم اليه لما قلنا **ولو قتله** انسان
في يد الغاصب عمدا فاولياوه بالخيار ان شاوا قتلوا القاتل وبرئ الغاصب وان شاوا اتبعوا
الغاصب بالدية على عاقلته ويرجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمدا ولا يكون لهم القصاص

اما ولاية الاقتصاص من القاتل فلوجود القتل العمد الخالي عن الموانع واما ولاية اتباع الغاصب
بالدية فلوجود الاتلاف منه تسبيبا على ما بينا فان قتلوا القاتل برئ الغاصب لانه لا يجمع
بين القصاص والدية في نفس واحدة في قتل واحد وان اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته
رجع عاقلته في مال القاتل ولا يكون لهم ان يقتصوا من القاتل لان القصاص لم يصر ملكا لهم باداء
الضمان اذ هو لا يحتمل التمليك فلم يقم الغاصب مقام الولي في ملك القصاص فقد سقط القصاص
وينقلب مالا والمال يحتمل التمليك فجاز ان يقوم الغاصب مقام الولي في ملك المال القصاص ولو
قتل الصبي انسانا في يد الغاصب فرده على الولي وضمن عاقلة الصبي لم يكن لهم ان يرجعوا على الغاصب
بشيء لانه لا سبيل الى ايجاب ضمان الغصب لان الحر غير مضمون بالغصب ولا سبيل الى ايجاب
ضمان الاتلاف لان الغاصب انما يصير متلفا اياه تسبيبا بجناية غيره عليه لا بجنايته على غيره
ولو قتل الصبي نفسه فما فالغاصب ضامن عند ابي يوسف وعند محمد لا يضمن **وجه قول** محمد
ان فعله على نفسه هدر فالتحق بالعدم فصار كانه مات حتف انفه او سقطت يده بآفة سماوية
ولو كان كذلك لا ضمان عليه كذا هذا والجامع انه لو وجب الضمان لوجب بالغصب والحر غير مضمون
بالغصب ولهذا الوجه على غيره لا يضمن الغاصب كذا هذا **وجه قول** ابي يوسف ان الحر ان لم
يكن مضمونا بالغصب فهو مضمون بالاتلاف مباشرة او تسبيبا وقد وجد التسبب من
الغاصب حيث ترك حفظه عن اسباب الهلاك ولا فرق بين ان يكون سبب الهلاك فعل غيره
او فعل نفسه لانه تارك حفظه عن اسباب الهلاك في الحالين جميعا فكان متلفا اياه تسبيبا
فيجب الضمان عليه ولا يرجع الغاصب على عاقلة الصبي بما ضمن لان حكم فعله على نفسه لا على غيره فلا
يمكن ايجابه على العاقلة والله اعلم **ولو غصب** مدبرا فمات في يده ضمن بالاجماع ولو غصب ام ولد
فماتت في يده من غير آفة لم يضمن وقد ذكرنا المسئلة في موضعها ولو ماتت في يده على الوجه
الذي بينا انه يضمن في الصبي فان الغاصب يغرم قيمتها حالة في ماله لوجود الاتلاف منه
تسبيبا وام الولد مضمونة بالاتلاف بلا خلاف ولهذا وجب الضمان في الصبي الحر ففي ام الولد
اولى وام الولد مضمونة

فصل

واما شرط وجوب هذا الضمان فمنها ان يكون المتلف
مالا فلا يجب الضمان باتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال وقد ذكرنا
ذلك كله في كتاب البيوع ومنها ان يكون متقوما فلا يجب الضمان باتلاف الخمر والخنزير على المسلم
سواء كان المتلف مسلما او ذميا لسقوط تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم **ولو اتلف** مسلم او ذمي
على ذمي خمرا او خنزيرا يضمن عندنا خلافا للشافعي والدلائل مرت في مسائل الغصب ولو اتلف
ذمي على ذمي خمرا او خنزيرا ثم اسلما او اسلم احدهما اما في الخنزير لا يبرأ المتلف عن الضمان الذي
لزمه سواء اسلم الطالب او المطلوب او اسلما جميعا لان الواجب باتلاف الخنزير القيمة وانها دراهم
او دنانير والاسلام لا يمنع من قبض الدراهم والدنانير واما في الخمر فان اسلما جميعا او اسلم احدهما
وهو الطالب المتلف عليه برئت ذمة المطلوب وهو المتلف وسقطت عنه الخمر بالاجماع ولو اسلم
المطلوب اولا ثم اسلم الطالب او لم يسلم ففي قول ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة برئ المطلوب
من الخمر ولا يتحول الى القيمة كما لو اسلم الطالب وعند محمد وزفر وعافية القاضي وهو رواية عن
ابي حنيفة لا يبرأ المطلوب ويتحول ما عليه من الخمر الى القيمة كما لو كان الاتلاف بعد الاسلام
انه يقضي قيمتها للذمي فكذا اذا اتلف بعد الاسلام وقد ذكرنا المسئلة في كتاب البيوع ولو
كسر على انسان بربطا او طبلا يضمن قيمته خشبا منحوتا عند ابي حنيفة وذكر في المنتقى خشبا

الواحا

الواحا وعند ابي يوسف لا يضمن **وجه قولهما** ان هذا آلة للهو والفساد فلم يكن متقوما
كالخمر ولابي حنيفة انه كما يصلح للهو والفساد يصلح للانتفاع به من وجه آخر فكان مالا
متقوما من ذلك الوجه وكذلك لو اراق لانسان مسكرا له او منصفا فهو على هذا الاختلاف
والمسئلة قد ذكرناها في كتاب البيوع ولو احرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته
غير منقوش بتماثيل لانه لا قيمة لنقش التماثيل لان نقشها محظور وان كان صاحبه قطع رؤس
التماثيل ضمن قيمته منقوشا لانه لا يكون تمثالا بلا رأس الا ترى انه لا يعبد فلم يكن محظورا فكان النقش
متقوما ولو احرق بساطا فيه تماثيل رجال ضمن قيمته مصورا لان التمثال على البساط ليس
بمحظور لان البساط يوطأ فكان النقش متقوما **ولو هدم** بيتا مصورا ضمن قيمة البيت وقيمة
الصبغ غير مضمون لان الصورة على البيت لا قيمة لها فاما الصبغ فمتقوم **ولو قتل** جارية مغنية
ضمن قيمتها غير مغنية لان الغناء لا قيمة له لانه محظور هذا اذا كان الغناء زيادة في الجارية
فاما اذا كان نقصانا فيها فانه يضمن قدر قيمتها **وعلى هذا** يخرج المباحات التي ليست بمملوكة
لاحد انها غير مضمونة بالاتلاف لعدم تقومها اذ التقوم يبنى على العزة والخطر ولا يتحقق
ذلك الا بالاحراز والاستيلاء **واما** المباح المملوك وهو مال الحربي فلا يجب الضمان باتلافه
ايضا وان كان متقوما لفقد شرط آخر نذكره ان شاء الله تعالى وان شئت **قلت** ومنها ان
يكون مملوكا فلا يجب الضمان باتلاف المباحات التي لا يملكها احد والتخريج على شرط التقوم
اصح لان كون الشيء مملوكا في نفسه ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف
وليس بمملوك اصلا **ارض** بين شريكين زرعها احدهما فرضيا على ان يعطي الذي لم يزرع الزارع
نصف البذر ويكون الخارج بينهما فهذا لا يخلو اما ان كان الزرع نبت واما ان كان لم ينبت فان
كان قد نبت جاز لان هذا بيع الحشيش بالحنطة وانه جائز وان كان لم ينبت لم يجز لانه لا يدري
ما بقي تحت الارض مما تلف مع ان ذلك ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه فان نبت الزرع
وطلب الذي لم يزرع القسمة قسم وامر الذي زرع ان يقلع ما في نصيب الشريك لان نصيبه مشغول
بملكه فيجبر على تفريغه ويضمنه نقصان الزراعة والله اعلم ومنها ان يكون المتلف من اهل وجوب
الضمان عليه حتى لو انقلبت بهيمة مال انسان لا ضمان على مالكها لان فعل العجماء جبار فكان هدرا
ولا اتلاف من مالكها فلا يجب الضمان عليه **ومنها** ان يكون في الوجوب فائدة فلا ضمان على
المسلم باتلاف مال الحربي ولا على الحربي باتلاف مال المسلم في دار الحرب وكذا لا ضمان على
العادل اذا اتلف مال الباغي ولا على الباغي اذا اتلف مال العادل لانه لا فائدة في الوجوب
لعدم امكان الوصول الى الضمان لانعدام الولاية **فاما** العصمة فليست بشرط لوجوب
ضمان المال الا ان الصبي مأخوذ بضمان الاتلاف وان لم يثبت عصمة المتلف في حقه وكذا يجب
الضمان بتناول الانسان حالة المخمصة واباحة التناول وكذا اكثر آلات الملاهي مباح وهي
مضمونة بالاتلاف عند ابي حنيفة ولا يلزم اذا اتلف مال انسان باذنه انه لا يجب الضمان
لان عدم الوجوب ليس لعدم العصمة بل لعدم الفائدة لانه لو وجب الضمان عليه لكان له ان يرجع
عليه بما ضمن فلا يفيد والله اعلم وكذلك العلم بكون المتلف ملك غيره ليس بشرط لوجوب الضمان
حتى لو اتلف مالا على ظن انه ملكه ثم تبين انه ملك غيره ضمن لان الاتلاف امر حقيقي لا يتوقف
وجوده على العلم كما في الغصب على ما مر الا انه اذا علم بذلك يضمن ويأثم واذا لم يعلم يضمن ولا يأثم
لان الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا لما ذكرنا في مسائل الغصب والله اعلم **واما** بيان ما يجب الضمان

الواجب بالاتلاف ما سوى بني آدم فالواجب به ما هو الواجب بالغصب وهو ضمان المثل ان
كان المتلف مما له مثل وضمان القيمة اذا كان مما لا مثل له لان ضمان الاتلاف ضمان اعتداء
والاعتداء لم يشرع الا بالمثل فعند الامكان يجب المثل المطلق وهو المثل صورة ومعنى وعند
التعذر يجب المثل معنى وهو القيمة كما في الغصب والله اعلم

كتاب السرقة

يحتاج لمعرفة مسائل السرقة الى معرفة ركن السرقة والى معرفة شرائط الركن والى معرفة
ما يظهر به السرقة عند القاضي والى معرفة حكم السرقة

فصل اما الركن السرقة
فهو الاخذ على سبيل الاستخفاء قال الله تعالى الا من استرق السمع سمى اخذ المسموع على وجه الاستخفاء
استراقا ولهذا لم يسم الاخذ على سبيل المجاهرة مغالبة او نهبة وخلسة غصبا وانتهابا واختلاسا لا سرقة
وروي عن علي رضي الله عنه انه سئل عن المختلس والمنتهب فقال تلك الدغابة لا قطع فيها وروي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ثم الاخذ على وجه
الاستخفاء نوعان مباشرة وتسبيب اما المباشرة فهو ان يتولى السارق اخذ المتاع واخراجه
من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز واخذ المتاع فحمله او لم يحمله حتى ظهر عليه وهو في الحرز
قبل ان يخرجه فلا قطع عليه لان الاخذ اثبات اليد ولا يتم ذلك الا بالاخراج من الحرز ولم يوجد
وان رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل ان يخرج هو من الحرز فلا قطع عليه لان يده لم تثبت بنايته
عليه عند الخروج من الحرز فان لم يظهر عليه حتى خرج واخذ ما كان رمى به خارج الحرز يقطع وروي
عن زفر انه لا يقطع **وجه** قوله ان الاخذ من الحرز لا يتم الا بالاخراج منه والرمي ليس
باخراج والاخذ من الخارج ليس اخذا من الحرز فلا يكون سرقة ولنا ان المال في حكم يده
ما لم يثبت عليه يد غيره فقد وجد منه الاخذ والاخراج من الحرز ولو رمى به الى صاحب
له خارج الحرز فاخذه المرمي اليه فلا قطع على واحد منهما اما الخارج فلانه لم يوجد منه الاخذ
من الحرز واما الداخل فلانه لم يوجد منه الاخراج من الحرز لثبوت يد الخارج عليه ولو ناول
صاحبا له مناولة من وراء الجدار او لم يخرج هو فلا قطع على واحد منهما عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد يقطع الداخل ولا يقطع الخارج اذا كان الخارج لم يدخل يده الى الحرز **وجه**
قولهما ان الداخل لما ناول صاحبه فقد اقام يد صاحبه مقام يده فكان خرج والمال
في يده وجه قول ابي حنيفة على نحو ما ذكرنا في المسئلة المتقدمة انه لا سبيل الى ايجاب القطع
على الخارج لانعدام فعل السرقة منه وهو الاخذ من الحرز ولا سبيل الى ايجابه على الداخل لانعدام
ثبوت يده عليه حالة الخروج من الحرز لثبوت يد صاحبه بخلاف ما اذا رمى به الى السكة ثم خرج
واخذه لانه ما لم يثبت عليه يد غيره فبقي في حكم يده فكان خارجا به حقيقة وان كان الخارج ادخل
يده في الحرز فاخذه من يد الداخل فلا قطع على واحد منهما في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
اقطعهما جميعا اما على عدم وجوب القطع على الداخل على اصل ابي حنيفة فلعدم الاخراج من الحرز
حقيقة اذ لو اخرج يده وناول صاحبا له لم يقطع فعند عدم الاخراج اولى والوجوب عليه
على اصل ابي يوسف لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة **واما الكلام** في الخارج فيبنى على مسئلة اخرى
وهي ان السارق اذا نقب منزلا وادخل يده فيه واخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع ذكر في
الاصل وفي الجامع الصغير انه لا يقطع ولم يحك خلافا وقال ابو يوسف في الاملاء اقطعه ولا ابالي
دخل الحرز او لم يدخل **وعلى هذا** الخلاف اذا نقب ودخل وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وادخل
يده فرفع وجه قوله ان الركن في السرقة هو الاخذ من الحرز فاما الدخول في الحرز فليس بركن

الا ترى انه لو ادخل يده في الصندوق او في الجوالق واخرج المتاع يقطع وان لم يوجد
الدخول **ولهما** ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال اذا كان اللص ظريفا لم يقطع قيل
وكيف يكون ظريفا قال يدخل يده الى الدار ويمكنه دخولها ولم ينقل انه انكر عليه منكر فيكون
اجماعا ولان هتك الحرز على سبيل الكمال شرط لانه به يتكامل الجناية ولا يتكامل الهتك فيما يتصور
فيه الدخول الا بالدخول ولم يوجد بخلاف الاخذ من الصندوق والجوالق لان هتكهما بالدخول
متعذر فكان الاخذ بادخال اليد فيهما هتكا متكاملا فيقطع ولو اخرج السارق المتاع
من بعض بيوت الدار الى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار لان الدار مع اختلاف بيوتها حرز
واحد الا ترى انه اذا قيل لصاحب الدار احفظ هذه الوديعة في هذا البيت فحفظ في بيت
اخر فضاعت لم يضمن وكذا اذا اذن لانسان في دخول الدار فدخلها فسرق من البيت لا يقطع
وان لم يأذن بدخول البيت دل ان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد فلم يكن الاخراج الى
صحن الدار اخراجا من الحرز بل هو نقل من بعض الحرز الى البعض بمنزلة النقل من زاوية الى زاوية
اخرى **هذا** اذا كانت الدار مع بيوتها لرجل واحد فاما اذا كان كل منزل فيها لرجل فاخرج
اخراجا من الحرز وكذلك اذا كان في الدار حجرة ومقاصير فسرق من مقصورة منها وخرج الى
صحن الدار فقطع لان كل مقصورة منها حرز على حدة فكان الاخراج منها اخراجا من الحرز بمنزلة
الدور المختلفة في محلة واحدة ولو نقب رجلان ودخل احدهما فاستخرج المتاع فلما خرج به
الى السكة حملاه جميعا ينظر ان عرف الداخل لانه اعانه على المعصية وهذه معصية ليس فيها
حد مقدر فيعزر وان لم يعرف الداخل منهما لم يقطع واحد منهما لان من عليه القطع مجهول ويعزران
اما الخارج فلما ذكرنا واما الداخل فلانه ارتكب جناية لم يستوف الحد فيها لعذر فيعزر التعزير
ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة ليلا حتى سرق منه متاعه يقطع لانه ان لم يوجد الاخذ
على سبيل الاستخفاء من المالك فقد وجد من الناس لان الغوث لا يلحق بالليل لكونه وقت نوم
وغفلة فتحققت السرقة والله اعلم واما التسبيب فهو ان يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذ
وامتاعه ويحملونه على ظهر واحد ويخرجونه من المنزل فالقياس ان لا يقطع الا الحامل خاصة
وهو قول زفر وفي الاستحسان يقطعون جميعا **وجه القياس** ان ركن السرقة لا يتم
الا بالاخراج من الحرز وذلك وجد منه مباشرة فاما غيره فلو وجد تحت على المباشرة لا على
المعين كحد الزنا والشرب وجه الاستحسان ان الاخراج حصل من الكل معنى لان الحامل
لا يقدر على الاخراج الا باعانة الباقين وترصدهم للدفع فكان الاخراج من الكل من
حيث المعنى ولهذا الحق المعين بالمباشر في قطع الطريق وفي الغنيمة كذا هذا ولان
الحامل عامل لهم فكانهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى اخرجوه من الحرز ولان السارق
لا يسرق وحده عادة بل مع اصحابه ومن عادة السراق انهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والاخذ
بل يرصد البعض فلو جعل ذلك مانعا من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب
السرقة وهذا لا يجوز ولهذا الحقت الاعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا هذا والله
اعلم

فصل واما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى السارق وبعضها يرجع الى المسروق
منه وبعضها يرجع الى المسروق فيه وهو المكان اما ما يرجع الى السارق فاهلية وجوب القطع
وهي بالعقل والبلوغ فلا يقطع الصبي والمجنون لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى

اجزان الفعل مرفوع عنهما وفي ايجاب القطع اجرا الفعل عليهما وهذا خلاف النص ولان
القطع عقوبة فيستدعي جناية وفعلهما لا يوصف بالجناية ولهذا لم يجب عليهما سائر الحدود
كذا هذا وبخلاف ضمان السرقة لان الجناية ليست بشرط لوجوب ضمان المال وان كان السارق
يجن مرة ويفيق اخرى فان سرق في حال جنونه لم يقطع وان سرق في حال افاقته قطع ولو
سرق جماعة فيهم صبي او مجنون يدرا عنهم القطع في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف
ان كان الصبي او المجنون هو الذي تولى اخراج المتاع درئ عنهم جميعا وان كان وليه غيرهما
قطعوا جميعا الا الصبي والمجنون وجه قوله ان الاخراج من الحرز هو الاصل في السرقة والاعانة
كالتابع فاذا وليه الصبي والمجنون فقد اتى بالاصل فاذا لم يجب القطع بالاصل كيف يجب بالتابع
واذا وليه عاقل بالغ فقد حصل الاصل منه فسقوطه عن التبع لا يوجب سقوطه عن الاصل ؛
ووجه قول ابي حنيفة ان السرقة واحدة وقد حصلت ممن يجب عليه القطع وممن لا يجب عليه
القطع فلا يجب القطع على احد كالعامد مع الخاطئ اذا اشتركا في القتل وقوله الاخراج
اصل في السرقة مسلم ولكنه حصل من الكل معنى لاتحاد الكل في معنى التعاون على ما بينا
فيما تقدم فكان اخراج غير الصبي والمجنون كاخراج الصبي والمجنون ضرورة الاتحاد
وعلى هذا الخلاف اذا كان فيهم ذو رحم محرم ويجب على الاجنبي ولا خلاف في انه اذا كان
فيهم شريك المسروق منه انه لا قطع على احد واما الذكورة فليست بشرط لثبوت الاهلية
لشرط لثبوت الاهلية فتقطع الانثى لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وكذلك
الحرية فيقطع العبد والامة والمدبر والمكاتب وام الولد لعموم الاية ولتساوي الابق وغيره
لما قلنا وذكر في الموطا ان عبدا لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما سرق وهو ابق فبعث به عبد الله
الى سعيد بن العاص ليقطع يده فابى سعيد ان يقطع يده وقال لا تقطع يد الابق اذا سرق
فقال عبد الله في اي كتاب الله وجدت هذا ان العبد الابق اذا سرق لا تقطع يده فامر به
عبد الله فقطعت يده ولان الذكورة والحرية ليستا من شرائط سائر الحدود فكذا هذا
الحد وكذا اسلام السارق ليس بشرط فيقطع المسلم والكافر لعموم اية السرقة فصل
واما ما يرجع الى المسروق فانواع منها ان يكون مالا مطلقا لا قصور في ماليته ولا شبهة وهو
ان يكون مما يتمول الناس ويعدونه مالا لان ذلك يشعر بعزته وخطره عندهم وما لا يتمولونه
فهو تافه حقير وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت لم تكن اليد تقطع على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه وهذا منها بيان شرع متقرر ولان التفاهة تخل في الحرز
لان التافه لا يحرز عادة او لا يحرز احراز الخطير والحرز المطلق شرط على ما نذكره وكذا تخل
في الركن وهو الاخذ على سبيل الاستخفا لان اخذ التافه مما لا يستخفى منه فيتمكن الخلل والشبهة
في الركن والشبهة في باب الحد ملحقة بالحقيقة ويخرج على هذا مسائل اذا سرق صبيا حرا
لا يقطع لان الحر ليس بمال ولو سرق صبيا عبدا لا يتكلم ولا يعقل يقطع في قول ابي حنيفة وروي
عن ابي يوسف انه لا يقطع ووجهه ان العبد ليس بمال محض بل هو مال من وجه ادمي من وجه فكان
محل السرقة من وجه دون وجه فلا يثبت المحلية بالشك فلا يقطع كالصبي العاقل ولنا انه
مال من كل وجه لوجود معنى المالية فيه على الكمال ولا يد له على نفسه فيتحقق ركن السرقة فيه كالبهيمة
وكونه ادميا لا ينفي كونه مالا فهو ادمي من كل وجه ومال من كل وجه لعدم التنافي فيتعلق القطع
بسرقته من حيث انه مال لا من حيث انه ادمي بخلاف العاقل لانه وان كان مالا من كل وجه لكنه في يد نفسه

فلا

فلا يتصور ثبوت يد غيره عليه للتنافي فلا يتحقق فيه ركن السرقة وهو الاخذ ولو سرق
ميتة او دما او جلد ميتة لم يقطع لانعدام المالية ولا يقطع في التبن والحشيش والقصب والحطب
لان الناس لا يتمولون هذه الاشيا ولا يضنون بها لعدم عزتها وقلة خطرها عندهم
بل يعدون الظنة بها من باب الخساسة فكانت تافهة ولا قطع في التراب وبين الخشب
حيث سوى في التراب بين المعمول منه وغير المعمول وفرق في الخشب لان الصنعة في
الخشب اخرجته عن حد التفاهة والصنعة في التراب لم تخرجه عن كونه تافها يعرف ذلك
بالرجوع الى عرف الناس وعاداتهم ومن اصحابنا من فصل في الجواب في الزجاج بين المعمول
وغير المعمول كما في الخشب ومنهم من سوى بينهما وهو الصحيح لان الزجاج بالعمل لم يخرج عن
حد التفاهة لانه يتسارع اليه الكسر بخلاف الخشب ولا قطع في الخشب الا اذا كان معمولا
بان صنع منه ابوابا او انية او نحو ذلك ما خلا الساج والقنا والابنوس والصندل لان غير
المصنوع من الخشب لا يتمول عادة فكان تافها وبالصنعة يخرج عن حد التفاهة فيتمول واما
الساج والابنوس والصندل فاموال لها عزة وخطر عند الناس فكانت اموالا
مطلقة واما العاج فقد ذكر محمد انه لا يقطع الا في المعمول منه وقيل هذا الجواب في العاج
الذي هو من عظم الجمل فلا يقطع الا في المعمول منه لانه لا يتمول لتفاهته ويقطع في المعمول لخروجه
عن حد التفاهة بالصنعة كالخشب المعمول فاما ما هو من عظم الفيل فلا قطع فيه اصلا
سوا كان معمولا او غير معمول لان الفقها اختلفوا في ماليته حتى حرم بعضهم بيعه والانتفاع
به فاوجب ذلك ماليته ولا قطع في قصب النشاب فان كان اتخذ منه نشابا قطع لما قلنا
في الخشب ولا قطع في القرون معمولة كانت او غير معمولة وقال ابو يوسف ان كانت معمولة وهي
تساوي عشرة دراهم قطع قيل ان اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع المسئلة
على قول ابي حنيفة في قرون الميتة لانها ليست بمال مطلق لاختلاف الفقها في ماليتها وجواب
ابي يوسف في قرون المذكى فلم يوجب القطع في غير المعمول منها لانها من اجزا الحيوان
واوجب في المعمول كما في الخشب المعمول وعن محمد في جلود السباع المدبوغة انه لا قطع فيها فان
جعلت مصلاة او بساطا قطع لان غير المعمول منها من اجزا الصيد ولا يقطع في الصيد فكذا في
اجزائه وبالصنعة صارت شيئا اخر فاشبه الخشب المصنوع وهذا الدليل على ان محمدا رحمه الله
لم يعتبر بخلاف قول من يقول من الفقها ان جلود السباع لا تطهر بالزكاة ولا بالدباغ ولا
قطع في البواري لانها تافهة لتفاهة اصلها وهو القصب ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد
ولا في سرقة الملاهي من الطبل والدف والمزمار ونحوها لان هذه الاشيا مما لا تتمول او في
ماليتها قصور الا ترى انه لا ضمان على كاسر الملاهي عند ابي يوسف ومحمد ولا على قاتل الكلب
والفهد عند بعض الفقها ولو سرق مصحفا او صحيفة فيها حديث او عربية او شعر فلا قطع
وقال ابو يوسف يقطع اذا كان يساوي عشرة دراهم لان الناس يدخرونها ويعدونها
من نفائس الاموال ولنا ان المصحف يدخر لا للتمول بل للقراة والوقوف على ما يتعلق
به مصلحة الدين والدنيا والعمل وكذلك صحيفة الحديث وصحائف العربية والشعر
يقصد بها معرفة الامثال والحكم لا التمول واما دفاتر الحساب ففيها القطع اذا بلغت
قيمتها نصابا لان ما فيها لا يصلح مقصودا بالاخذ فكان المأخوذ هو [illegible] البياض
من الكاغد وكذلك الدفاتر اذا بلغت نصابا لما قلنا وعلى هذا يخرج ما قال ابو حنيفة

ومحمد رحمهما الله ان كل ما يوجد جنسه تافها مباحا في دار الاسلام فلا قطع فيه لان كل ما كان
كذلك فلا عزة له ولا خطر فلا يتموله الناس فكان تافها والاعتماد على معنى التفاهة دون الاباحة
لما نذكر وعن ابي حنيفة انه لا قطع في عفص ولا اهليلج ولا اشنان ولا فحم لان هذه الاشياء
مباحة الجنس في دار الاسلام غير نافعة وروي عن ابي يوسف انه يقطع في العفص
والاهليلج والادوية اليابسة ولا قطع في طير ولا صيد وحشيا كان او غيره لان الطير
لا يتمول عادة وقد روي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما انهما قالا لا قطع في الطير ولم ينقل
عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعا وكذلك ما علم من الجوارح فصار صيودا فلا قطع
على سارقه لانه وان علم فلا يعد مالا وعلى هذا يخرج النباش انه لا يقطع فيما اخذ
من القبور في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقطع وجه قوله انه اخذ
مالا من البيت ولهما ان الكفن ليس بمال لانه لا يتمول بحال لان الطباع السليمة تنفر عنه
اشد النفار فكان تافها ولئن كان مالا ففي ماليته قصور لانه لا ينتفع به مثل ما ينتفع
بلباس الحي والقصور فوق الشبهة ثم الشبهة تمنع وجوب الحد فالقصور اولى وقد روي
عن الزهري رحمه الله انه قال اخذ نباش في زمن مروان بالمدينة فاجمع اصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم وهم متوافرون انه لا قطع عليه وعلى هذا يخرج سرقة ما لا
يحتمل الادخار ولا يبقى من سنة الى سنة بل يتسارع اليه الفساد انه لا قطع فيه لان ما لا
يحتمل الادخار لا يعد مالا فلا قطع في سرقة الطعام الرطب والبقول والفواكه الرطبة
في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقطع وجه قوله انه مال منتفع به حقيقة مباح
الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا فيقطع كما في سائر الاموال ولهما ان هذه
الاشياء لا تتمول عادة وان كانت صالحة للانتفاع بها في الحال لانها لا تحتمل الادخار
والامساك الى زمان حدوث الحوائج في المستقبل فقل خطرها عند الناس فكانت
تافهة ولو سرق ثمرا من نخل او شجر معلقا فيه فلا قطع عليه وان كان عليه حائط واستوثقوا
منه واحرزوه او هناك حافظ لان ما على راس النخل لا يعد مالا ما دام على اصل النخل
لا يستحكم جفافه فيتسارع اليه الفساد وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه لا قطع في ثمر ولا كثر قال محمد الثمر ما كان في الشجر والكثر الجمار فان كان قد جز الثمر
وجعل في جرين ثم سرق فان كان قد استحكم جفافه قطع لانه صار مالا مطلقا قابلا
للادخار واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه
الجرين فاذا آواه فبلغ ثمن المجن ففيه القطع لانه لا يؤويه الجرين ما لم يستحكم جفافه
عادة فاذا استحكم جفافه لا يتسارع اليه الفساد فكان مالا مطلقا وكذلك الحنطة
اذا كانت في سنبلها فهي بمنزلة الثمر المعلق في الشجر لان الحنطة ما دامت في السنبل
لا تعد مالا ولا يستحكم جفافها ايضا واما الفاكهة اليابسة التي تبقى من سنة
الى سنة فالصحيح من الرواية عن ابي حنيفة انه يقطع فيها لتمول الناس اياها لقبولها
الادخار فانعدم معنى التفاهة المانعة من وجوب القطع وروي عنه انه سوى بين رطب
الفاكهة ويابسها وليست بصحيحة ولو سرق من الحائط نخلة باصلها لا يقطع لان اصل النخل
لا يتمول فكان تافها وروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع في ثمر ولا كثر وقيل
في تفسير الكثر انه النخل الصغار ولا قطع في الحناء والوسمة لانه يتسارع اليه الفساد

ثم

فلم يحل معنى المالية ولا قطع في اللحم الطري والصفيف لانه يتسارع الفساد وكذلك
الفساد الى الطري منه ولما انه يوجد جنسه مباحا في دار الاسلام ولا قطع في اللبن لانه
يتسارع اليه الفساد فكان تافها ويقطع في الخل والدبس لعدم التفاهة الا ترى انه
لا يتسارع اليه الفساد فكان تافها كاللبن ولا قطع في الطلا وهو المثلث لانه
مختلف في اباحته وفي كونه مالا فكان ناقصا في معنى المالية وكذلك المطبوخ ادنى
طبخه من نقيع الزبيب ونبيذ التمر لاختلاف الفقهاء في اباحة شربه واما المطبوخ
ادنى طبخه من عصير العنب فلا شك انه لا قطع فيه لانه حرام فلم يكن مالا ويقطع في
الذهب والفضة لانها من اعز الاموال ولا تفاهة فيها بوجه وكذلك الجواهر واللآلي
لما قلنا وبهذا تبين ان التعويل في هذا الباب في منع وجوب القطع على معنى التفاهة
وعدم المالية لا على اباحة الجنس لان ذلك موجود في الذهب والفضة واللآلي والجواهر
وغيرها ويقطع فيها ويقطع في الحبوب كلها وفي الادهان والطيب كالعود والمسك
وما اشبه ذلك لانعدام معنى التفاهة ويقطع في الكتان والصوف ونحو ذلك
ويقطع في جميع الاواني من الصفر والحديد والنحاس والرصاص لما قلنا وكذلك لو
سرق النحاس بعينه او الحديد بعينه او الرصاص لعزة هذه الاشياء وخطرها في
انفسها كالذهب والفضة ومنها ان يكون متقوما مطلقا فلا يقطع في سرقة الخمر
من مسلم مسلما كان السارق او ذميا لانه لا قيمة للخمر في حق المسلم وكذا الذمي اذا سرق
من ذمي خمرا او خنزيرا لا يقطع لانه وان كان متقوما عندهم فليس بمتقوم عندنا فلم يكن
متقوما على الاطلاق ولا يقطع في المباح الذي ليس بمملوك وان كان مالا لانعدام تقومه
والله اعلم ومنها ان يكون مملوكا في نفسه فلا قطع في سائر المباحات التي لا يملكها احد
وان كانت من نفائس الاموال من الذهب والفضة والجواهر المستخرجة من معادنها لعدم
المالك ومنها ايضا يخرج النباش على اصل ابي حنيفة ومحمد انه لا يقطع لان الكفن ليس
بمملوك لانه لا يخلو اما ان يكون على ملك الميت واما ان يكون في ملك الورثة لا سبيل الى
الاول لان الميت ليس من اهل الملك ولا وجه للثاني لان ملك الوارث مؤخر عن حاجة
الميت الى الكفن كما هو مؤخر عن الدين والوصية فلم يكن مملوكا اصلا ومنها ان لا يكون للسارق
فيه ملك ولا تاويل الملك او شبهته لان المملوك او ما فيه تاويل الملك او الشبهة لا يحتاج
الى مسارقة الاعين فلا يتحقق ركن السرقة قال الله تعالى في اية السرقة جزاء بما كسبا
نكالا من الله فيستدعي كون الفعل جناية محضة واخذ المملوك للسارق لا يقع جناية
اصلا فالاخذ بتاويل الملك او الشبهة لا يتحقق جناية فلا يوجب القطع اذا عرف هذا
وعلى هذا يخرج لا قطع على من سرق ما اعاره من انسان او اجره منه لان ملك الرقبة قائم ولا على
من سرق رهنه من بيت المرتهن لانه ملك العين له وانما الثابت للمرتهن حق الحبس لا غير
ولو كان الرهن في يد العدل فسرقه المرتهن او الراهن فلا قطع على واحد منهما اما الراهن
فلما ذكرنا ان الراهن فلما ذكرنا انه ملكه فلا يجب القطع باخذه وان منع من الاخذ كما لا يجب
الحد عليه بوطء الجارية المرهونة وان منع من الوطء واما المرتهن فلان يد العدل يده من
وجه لان منفعة يده عائدة اليه لانه يمسكه لحقه فاشبه يد المودع ولا على من سرق مالا مشتركا
بينه وبين المسروق منه لان المسروق ملكهما في المستودع فكان بعض الماخوذ ملكه ولا يجب

القطع باخذه فلا يجب باخذ الباقي لان السرقة سرقة واحدة ولا على من سرق من بيت
المال والخمس لان له فيه ملكا وحقا **ولو سرق** من عبده المأذون فان لم يكن عليه دين فلا
قطع لان كسبه خالص ملك المولى وان كان عليه دين يحيط به وبما في يده لا يقطع ايضا اما
على اصل ابي يوسف ومحمد فظاهر لان كسبه ملك المولى واما على اصل ابي حنيفة انه لم يكن
ملكه فله فيه ضرب اختصاص نسبة الملك الا ترى انه يملك استخلاصه لنفسه نقضا
دينه من مال آخر فكان في معنى الملك ولهذا لو كان الكسب جارية لم يجز له ان يتزوجها
فتورث شبهة او نقول اذا لم يملكه المولى ولا المأذون يملكه ايضا لانه عبد مملوك لا يقدر
على شيء والغرماء لا يملكون ايضا فهذا مال مملوك لا مالك له معين فلا يجب القطع بسرقته
كمال بيت المال وكمال الغنيمة ولو سرق من مكاتبه لم يقطع لان كسب مكاتبه ملكه من
وجه او فيه شبهة الملك له الا ترى انه لو كان جارية لا يحل له ان يتزوجها والملك من وجه
او شبهة الملك يمنع وجوب القطع معهما ان هذا ملك موقوف على المكاتب وعلى مولاه في
الحقيقة لانه ان ادى تبين انه كان ملك المولى فتبين انه اخذ مال نفسه وان عجز ورد في الرق
تبين انه كان ملك المكاتب فكان الملك موقوفا للحال فيوجب شبهة فلا يجب القطع كاحد
المتبايعين اذا سرق ما شرط فيه الخيار ولا قطع على من سرق من ولده لان له في مال ولده
تاويل الملك او شبهة الملك لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك فظاهر الاضافة
اليه بلام التمليك يقتضي ثبوت الملك له من كل وجه الا انه لم يثبت لدليل ولا دليل في
الملك من وجه فيثبت او يثبت شبهة الملك وكل ذلك يمنع وجوب القطع لانه يورث شبهة
في وجوبه **واما** السرقة من سائر ذوي الرحم المحرم فلا يوجب القطع ايضا لكن لفقد
شرط آخر نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى **ولو دخل** لص دار رجل فاخذ ثوبا فشقه
في الدار نصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم مشقوقا يقطع في قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لا يقطع ولو اخذ شاة فذبحها ثم اخرجها مذبوحة لا يقطع بالاجماع
لقوله ان السارق وجد منه سبب ثبوت الملك قبل الاخراج وهو الشق لان ذلك
سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان يوجب ملك المضمون من وقت وجود السبب
على اصل اصحابنا وذلك يمنع وجوب القطع ولهذا لم يقطع اذا كان المسروق شاة فذبحها
ثم اخرجها كذا هذا **ولهما** ان السرقة تمت في ملك المسروق منه فيوجب القطع وانما قلنا
ذلك لان الثوب المشقوق لا يزول عن ملك المسروق منه ما دام مختارا للعين وانما يزول
عند اختيار الضمان فقبل الاختيار كان الثوب على ملكه فصار سارقا ثوبين فيهما عشرة
دراهم فيقطع وهكذا نقول في الشاة ان السرقة تمت في ملك المسروق منه الا انها تمت
في اللحم ولا قطع في اللحم وقوله وجب الضمان عليه بالشق قلنا قبل الاختيار ممنوع واذا اختار
تضمين السارق وسلم الثوب اليه لا يقطع لانه عند اختيار الضمان ملكه من حين وجود الشق
فتبين انه اخرج ملك نفسه عن الحرز فلا قطع عليه وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه
قال موضوع المسألة انه شق الثوب عرضا فاما لو شقه طولا فلا قطع لانه بالشق طولا خرقه
خرقا متفاحشا فيملكه بالضمان وذكر ابن سماعة ان السارق اذا خرق الثوب تخريقا مستهلكا
وقيمته بعد تخريقه عشرة انه لا قطع عليه في قول ابي حنيفة ومحمد وهذا يؤيد قول الفقيه ابي
جعفر رحمه الله لان التخريق اذا وقع استهلاكا اوجب استقرار الضمان وذلك يوجب ملك المضمون

واذا لم

واذا لم يقع استهلاكا كان وجوب الضمان فيه موقوفا على اختيار المالك فلا يجب قبل الاختيار
فلا يملك المضمون والله اعلم **وعلى هذا** يخرج ما اذا سرق عشرة دراهم من غريم له عليه عشرة
انه لا يقطع لانه ملك المأخوذ بنفس الاخذ قضاء واقتضاء فلم يبق في حق هذا المال سارقا
فلا يقطع **ولو كان** المسروق من خلاف جنس حقه يقطع لانه لا يملكه بنفس الاخذ بل
بالاستبدال والبيع فكان سارقا ملك غيره فيقطع كالاجنبي الا اذا قال اخذته لاجل حقي
على ما نذكرها هنا جنس من المسائل يمكن تخريجها الى اصل آخر هو اولى بالتخريج عليه وسنذكره
ان شاء الله تعالى ومنها ان يكون معصوما ليس للسارق حق الاخذ ولا تاويل الاخذ ولا شبهة
التناول لان القطع عقوبة محضة فتستدعي جناية محضة واخذ غير المعصوم لا يكون جناية
محضة فلا يناسب العقوبة المحضة ولان مال غير المعصوم يؤخذ مجاهرة لا مخافتة فيتمكن الخلل
في ركن السرقة **واذا عرف** هذا فنقول وبالله التوفيق لا قطع في سائر المباحات التي لا يملكها
احد ولا في المباح المملوك وهو مال الحربي في دار الاسلام **واما مال** الحربي المستأمن في
دار الاسلام فلا قطع فيه استحسانا والقياس ان يقطع وجه القياس انه سرق مالا معصوما
لان الحربي استفاد العصمة بالامان بمنزلة الذمي ولهذا كان مضمونا بالاتلاف كمال الذمي وجه
الاستحسان ان هذا مال فيه شبهة الاباحة لان الحربي المستأمن من اهل دار الحرب يورث شبهة
الاباحة في ماله ولهذا اورث شبهة الاباحة في دمه حتى لا يقتل به المؤمن قصاصا ولانه كان
مباحا وانما يثبت العصمة بعارض امان هو على شرف الزوال فعند الزوال يظهر ان العصمة لم تكن
على الاصل المعهود ان كل عارض على اصل اذا زال يلتحق بالعدم من الاصل لانه لم يكن فيجعل كأن
العصمة لم تكن ثابتة بخلاف الذمي لانه من اهل دار الاسلام وقد استفاد العصمة بامان مؤبد
فكان معصوم الدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الاباحة وبخلاف ضمان المال لان الشبهة
لا تمنع وجوب ضمان المال لانه حق العبد وحقوق العباد لا تسقط بالشبهات وكذا لا قطع
على الحربي المستأمن في سرقة مال المسلمين او الذمي عند ابي حنيفة ومحمد لانه اخذه على اعتقاد
الاباحة وكذا لم يلتزم احكام الاسلام وعند ابي يوسف يقطع والخلاف فيه كالخلاف في حد الزنا
ولا يقطع العادل في سرقة مال الباغي لان ماله ليس بمعصوم في حقه كنفسه ولا الباغي في
سرقة مال العادل لانه اخذه عن تاويل وان كان فاسدا لكن التاويل الفاسد عند انضمام
المنعة اليه ملحق بالتاويل الصحيح في منع وجوب القطع ولهذا الحق به في حق منع وجوب القصاص
والحد والله اعلم **وعلى هذا** يخرج السرقة من الغريم وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما
ان كان سرق منه جنس حقه واما ان سرق منه خلاف الجنس فان سرق جنس حقه بان سرق منه
عشرة وله عليه عشرة فان كان دينه عليه حالا لا يقطع لان الاخذ مباح له لانه ظفر بجنس حقه
ومن له الحق اذا ظفر بجنس حقه يباح له اخذه واذا اخذه يصير مستوفيا حقه وكذلك اذا سرق
منه اكثر من مقدار حقه لان بعض المأخوذ حقه على الشيوع ولا قطع فيه فكذا في الباقي كما اذا
سرق مالا مشتركا وان كان دينه مؤجلا فالقياس ان يقطع وفي الاستحسان لا يقطع وجه
القياس ان الدين اذا كان مؤجلا فليس له حق الاخذ قبل حلول الاجل الا ترى ان للغريم ان يسترده
منه قضاء كما اذا سرقه اجنبي **وجه** الاستحسان ان حق الاخذ ان لم يثبت قبل حلول الاجل
فسبب ثبوت حق الاخذ قائم وهو الدين لان تاثير التاجيل في تاخير المطالبة لا في سقوط الدين
فقيام السبب يورث الشبهة وان سرق خلاف جنس حقه بان كان عليه دراهم فسرق منه دنانير

او عروضا قطع هكذا اطلق الكرخي وذكر في كتاب السرقة انه اذا سرق ولم يقل اخذت
لاجل حقي لانه اذا لم يقل فقد اخذ ماله ليس له حق اخذه الا ترى انه لا يصير قصاصا الا بالاستبدال
والتراضي ولم يتناول الاخذ ايضا فكان اخذه بغير حق ولا شبهة الحق وهذا يدل على انه لا يعتد
بخلاف قول من يقول من الفقهاء ان لصاحب الحق اذا ظفر بخلاف جنس حقه ان ياخذه لان قول لم يقل به
احد من السلف ولا يعتبر خلافا مورثا للشبهة واذا قال اخذت لاجل حقي فقد اخذه متاولا
لانه اعتبر المعنى وهو المالية لا الصورة والاموال كلها في معنى المالية متجانسة فكان اخذه عن
تاويل فلا يقطع ولو اخذ مستغرقا من الدراهم اجود من حقه او اردى لم يقطع لان الماخوذ من جنس
حقه من حيث الاصل وانما خالفه من حيث الوصف الا ترى انه لو رضي به يصير مستوفيا حقه
ولا يكون مستبدلا حتى لا يجوز في الصرف والسلم مع ان الاستبدال ببدل الصرف والسلم لا يجوز
واذا كان الماخوذ من جنس حقه من حيث الاصل تثبت شبهة حق الاخذ فيلحق بالحقيقة في باب
الحد كما في الدين المؤجل ولو سرق حليا من فضة وعليه دراهم او حليا من ذهب وعليه دنانير
يقطع لان هذا لا يصير قصاصا من حقه الا بالمراضاة ويكون ذلك بيعا واستبدالا فاشبه
العروض **وان كان** السارق قد استهلك العروض او الحلي ووجبت قيمته وهو مثل الذي
عليه من العين فانه لا يقطع ايضا لان القيمة انما تجب بعد الاستهلاك فلا يوجب سقوط القطع
ولو سرق مكاتب او عبد من غريم مولاه يقطع لانه ليس له حق قبض دين المولى من غير امره فصار
كالاجنبي حتى لو كان المولى وكله بقبض الدين لا يقطع لثبوت حق القبض له بالوكالة فصار كصاحب
الدين **ولو سرق** من غريم مكاتبه او من غريم عبده الماذون فان لم يكن على العبد دين لم يقطع
لان ذلك ملك مولاه فكان له حق اخذه وان كان عليه دين قطع لانه ليس له حق القبض فصار
كالاجنبي **ولو سرق** من غريم ابيه او ولده يقطع لما في دين نفسه والله اعلم **وعلى هذا يخرج** ايضا
سرقة المصحف على اصل ابي حنيفة لانه لا قطع فيه لان له تاويل الاخذ اذ الناس لا يطلبون
ببذل المصاحف لقراءة القرآن عادة واجارة الاخذ منا ولا وكذلك سرقة البربط والطبل
والمزمار وجميع آلات الملاهي لان اخذها يتناول ان ياخذها منع المالك عن المعصية ونهيه عن
المنكر وذلك مامور به شرعا وكذلك سرقة شطرنج ذهب او فضة لما قلنا وكذلك سرقة
صليب او صنم من فضة من حرز لانه يتناول انه اخذه للكسر **واما** الدراهم التي عليها التماثيل
فيقطع فيها لانها لا تعبد عادة فلا تاويل له في الاخذ للمنع من العبادة فيقطع **وعلى هذا** يخرج
ما اذا قطع سارق في مال ثم سرقه منه سارق اخر انه لا يقطع لان المسروق ليس بمعصوم
في حق المسروق منه ولا متقوم في حقه لسقوط عصمته وتقومه في حقه بالقطع ولان كون يد
المسروق منه يدا صحيحة شرط وجوب القطع ويد السارق ليست بيد صحيحة لما نذكر ان
شاء الله تعالى ولو سرق ما لا فقطع فيه ورده الى المالك ثم عاد فسرقه منه ثانيا فجملة الكلام
فيه ان المردود لا يخلو اما ان يكون كان على حاله لم يتغير واما اذا احدث المالك فيه ما يوجب
تغيره فان كان على حاله لم يقطع استحسانا والقياس ان يقطع وهو رواية الحسن عن ابي يوسف
وبه اخذ الشافعي اما الكلام مع الشافعي فيبنى على ان العصمة الثابتة للمال تقوما حقا للعبد
قد سقطت عند السرقة الاولى لضرورة وجوب القطع على اصلنا وعلى اصله لم يسقط بل
بقيت على ما كانت وسنذكر تقرير هذا الاصل في موضعه ان شاء الله تعالى **واما** الكلام
مع ابي يوسف وجه ما روي انه المحل وان سقطت عصمته الثابتة حقا للمالك في السرقة الاولى

نقد

فقد عادت بالرد الى المالك الا ترى انها عادت في حق الضمان حتى لو اتلفه السارق يضمن
فكذا في حق القطع **ولنا** ان العصمة وان عادت بالرد لكن مع شبهة العدم لان السقوط
لضرورة وجوب القطع واثر القطع قائم بعد الرد فيورث شبهة في العصمة ولانه سقط تقوم
المسروق في حق السارق بالقطع في السرقة الاولى الا ترى لو اتلفه لا يضمن واثر القطع بعد
الرد قائم فيورث شبهة عدم التقوم في حقه فيمنع وجوب القطع ولا يمنع وجوب الضمان
لان الضمان لا يسقط بالشبهة لما بينا **هذا** اذا كان المردود على حاله لم يتغير فاما اذا احدث
المالك فيه حدثا يوجب تغيره عن حاله ثم سرقه السارق الاول فالاصل فيه انه لو فعل فيه
ما لو فعله الغاصب في المغصوب لاوجب انقطاع حق المالك يقطع والا فلا لانه اذا فعل ذلك
فقد تبدلت العين وصار في حكم عين اخرى واذا لم يفعل لم يتبدل **وعلى هذا** يخرج ما اذا سرق
غزلا فقطع فيه ورد الى المالك فنسجه ثوبا فعاد فسرقه انه يقطع لان المسروق قد تبدل
الا ترى انه لو كان مغصوبا لانقطع حق المالك **ولو سرق** ثوبا خز فقطع فيه ورد الى المالك
فنقضه فسرق النقض لم يقطع لان العين لم تتبدل الا ترى انه لو فعله الغاصب لا ينقطع حق المالك
ولو نقضه المالك ثم غزله غزلا اخر ثم سرقه السارق لم يقطع لان هذا لو وجد من الغاصب لا ينقطع
حق المغصوب منه فيدل على تبدل العين ولو سرق بقرة فقطع فيها ورده الى المالك فولدت
ولدا ثم سرق الولد يقطع لان الولد عين اخرى لم يقطع فيها فيقطع بسرقتها وعلى هذا يخرج
جنس هذه المسائل والله اعلم ومنها ان يكون محرزا مطلقا خاليا عن شبهة العدم مقصودا بالحرز
والاصل في اعتبار شرط الحرز ما روي في الموطا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر
معلق ولا في حريسة جبل فاذا آواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن وروي عنه صلى
الله عليه وسلم انه لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فاذا آواه الجرين ففيه القطع علق
القطع بايواء المراح والمراح حرز الابل والبقر والغنم والجرين حرز الثمر فيدل على ان الحرز شرط
ولان ركن السرقة هو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاخذ من غير حرز لا يحتاج الى الاستخفاء فلا
يتحقق ركن السرقة ولان القطع وجب لصيانة الاموال على اربابها قطعا لاطماع السراق عن
اموال الناس والاطماع انما تميل الى ما له خطر في القلوب وغير المحرز لا خطر له في القلوب عادة
فلا تميل الاطماع اليه فلا حاجة الى الصيانة بالقطع ولهذا لم يقطع فيما دون النصاب وما ليس
بمال متقوم محتمل للادخار **ثم الحرز نوعان** حرز بنفسه وحرز بغيره اما الحرز بنفسه فهو كل
بقعة معدة للاحراز ممنوعة الدخول فيها الا باذن كالدور والحوانيت والخيم والفساطيط
والخزائن والصناديق **واما الحرز** بغيره فكل مكان غير معد للاحراز يدخل اليه بلا اذن ولا
يمنع منه كالمساجد والطرق وحكمه حكم الصحراء ان لم يكن هناك حافظ وان كان هناك حافظ
فهو حرز ولهذا يسمى حرزا بغيره حيث وقف صيرورته حرزا على وجود غيره وهو الحافظ
وما كان حرزا بنفسه لا يشترط فيه وجود الحافظ لصيرورته حرزا ولو وجد فلا عبرة بوجوده
بل وجوده والعدم بمنزلة واحدة وكل واحد من الحرزين معتبر بنفسه على حياله بدون صاحبه
لان النبي صلى الله عليه وسلم علق القطع بايواء المراح والجرين من غير شرط وجود الحافظ وروي
ان صفوان كان نائما في المسجد متوسدا ردائه فسرقه سارق من تحت راسه فقطعه رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولم يعتبر الحرز بنفسه فدل ان كل واحد من نوعي الحرز معتبر بنفسه فاذا
سرق من النوع الاول يقطع كان ثمة حافظ او لا لوجود الاخذ من الحرز وسواء كان مغلق الباب

اولا باب له بعد ان كان محجورا بالبناء لان البناء يقصد به الاحراز كيف ما كان واذا سرق من النوع الثاني يقطع اذا كان الحافظ قريبا منه في مكان يمكنه حفظه ويحفظ في مثله المسروق عادة وسوا كان الحافظ مستيقظا في ذلك المكان او نائما لان الانسان يقصد الحفظ في الحالين جميعا ولا يمكن الاخذ الا بغفلة الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارق صفوان وصفوان كان نائما ولو اذن للناس بالدخول في دار فسرق المأذون له بالدخول شيئا منها لم يقطع وان كان فيها حافظ او كان صاحب المنزل نائما عليه لان الدار حرز بنفسها لا بالحافظ وقد خرجت من ان يكون حرزا بالاذن فلا يعتبر وجود الحافظ وانما اذن له بالدخول فقد صار في حكم اهل الدار فاذا اخذ شيئا فهو خائن وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع على خائن وكذلك لو سرق من بعض بيوت الدار المأذون في دخولها وهو مقفل او من صندوق في الدار او من صندوق في بعض البيوت وهو مقفل عليه اذا كان البيت من جملة الدار المأذون في دخولها لان الدار الواحدة حرز واحد وقد خرجت بالاذن له من ان يكون حرزا في حقه فكذلك بيوتها وما روي ان اسود ابات عند ابي بكر الصديق رضي الله عنه فسرق حليا فيحتمل ان يكون سرق من دار النساء لا من دار الرجال والدار المختلفات اذا اذن بالدخول في احديهما لا يصير الاخرى مأذونا بالدخول فيها والمحتمل لا يكون حجة وروي عن ابي يوسف انه قال في رجل كان في حمام او خان وشيا به تحت راسه فسرقها سارق انه لا قطع عليه سوا كان نائما او يقظانا وان كان في صحراء وثوبه تحت راسه قطع وكذلك روي عن محمد في رجل سرق من حمام رجل وهو معه في الحمام او سرق من رجل وهو معه في سفينة او نزل قوم في خان فسرق بعضهم من بعض انه لا قطع على السارق وكذلك الحانوت لان الحمام والخان والحانوت كل واحد حرز بنفسه فاذا اذن الناس في دخوله خرج من ان يكون حرزا فلا يعتبر فيه الحافظ فلا يصير حرزا بالحافظ ولهذا قالوا اذا سرق من الحمام ليلا يقطع لان الناس لم يؤذنوا بالدخول فيه ليلا فاما الصحراء او المسجد وان كان مأذونا بالدخول اليه فليس حرزا بنفسه بل بالحافظ ولم يوجد الاذن من الحافظ فلا يبطل معنى الحرز فيه وقالوا في السارق من المسجد اذا كان ثمه حافظ يقطع وان لم يخرج من المسجد لان المسجد ليس بحرز بنفسه بل بالحافظ فكانت البقعة التي فيها الحافظ هي الحرز لا كل المسجد فاذا انفصل منها فقد انفصل من الحرز فيقطع فاما الدار فانما صارت حرزا بالبناء فالم يخرج منها لم يوجد الانفصال من الحرز وروي عن محمد في رجل سرق في السوق من حانوت فتح بابه الحانوت وقعد للبيع واذن للناس بالدخول فيه انه لا يقطع وكذلك لو سرق منه وهو مغلق على شي لم يقطع لانه لما اذن للناس بالدخول فيه فقد اخرج الحانوت من ان يكون حرزا في حقه وكذلك ان اخذ من بيت فيه او صندوق فيه مقفل لان الحانوت كله حرز واحد كالدار على ما مر وروي عن ابي يوسف انه قال في رجل بارض فلاة ومعه جوالق وضعه ونام عنده يحفظه فسرق منه رجل شيئا او سرق الجوالق فانى اقطعه لان الجوالق بما فيه محرز بالحافظ فيستوي اخذ جميعه واخذ بعضه وكذلك اذا سرق فسطاطا ملفوفا قد وضعه ونام عنده يحفظه انه يقطع وان كان مضروبا لم يقطع لانه اذا كان ملفوفا كان محرزا بالحافظ كالباب المقلوع اذا كان في الدار فسرقه سارق واذا كان الفسطاط مضروبا كان حرزا بنفسه فاذا سرقه فقد سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس في الحرز فلا يقطع كسارق باب الدار ولو كان الجوالق على ظهر دابة فشق الجوالق واخرج المتاع يقطع لان الجوالق حرز لما فيه وان اخذ الجوالق

كما هو

كما هو لم يقطع لانه اخذ نفس الحرز وكذلك ان سرق الحمل مع الجوالق لان الحمل لا يوضع على الجمل للحفظ بل للحمل فليس بمحرز وان كان صاحبه فلم يكن الجمل حرزا للجوالق فاذا اخذ الجوالق فقد اخذ نفس الحرز **ولو سرق** من الراعي بعيرا او بقرة او شاة لم يقطع سوا كان الراعي معها او لم يكن وان سرق من العطن او المراح الذي يأوي اليه يقطع اذا كان معها حافظ او ليس معها حافظ غير ان الباب مغلق فكسر الباب ثم دخل فسرق بقرة فقادها فقودا حتى اخرجها او ساقها سوقا حتى اخرجها او ركبها حتى اخرجها لان المراعي ليست بحرز للمواشي وان كان الراعي معها لان الحفظ لا يكون مقصودا من الرعي وان كان قد يحصل به لان المواشي لا تجعل في مراعيها للحفظ بل للرعي فلم يوجد الاخذ من حرز بخلاف العطن والمراح فان ذلك يقصد للحفظ ووضع له فكان حرزا وقال النبي صلى الله عليه وسلم في حريسة الجبل غرامة مثلها وجلدات نكالا فاذا اواها المراح وبلغت قيمتها ثمن المجن ففيها القطع والله اعلم **ولا يقطع** عبد في سرقته من مولاه مكاتبا كان العبد او مدبرا او تاجرا عليه دين ولا ام ولد سرقت من مال مولاها لانها ولاء مأذونون بالدخول في بيوت ساداتهم للخدمة فلم يكن بيت مولاهم حرزا في حقهم وذكر في الموطأ ان عبد الله بن عمرو الحضرمي جاء الى عمر رضي الله عنه بعبد له فقال اقطع هذا فانه سرق فقال وما سرق قال مراة لامرأتي ثمنها ستون درهما فقال عمر رضي الله عنه ارسله ليس عليه قطع خادمكم سرق متاعكم ولم ينقل انه انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا قطع على خادم قوم سرق متاعهم ولا على ضيف سرق متاع من اضافه ولا على اجير سرق من موضع اذن له في دخوله لان الاذن بالدخول اخرج الموضع من ان يكون حرزا في حقه وكذا الاجير اذا اخذ المتاع المأذون له في اخذه من موضع لم يؤذن له بالدخول فيه لم يقطع لان الاذن باخذ المتاع يورث شبهة الدخول في الحرز ولان الاذن بالاخذ فوق الاذن بالدخول وذا يمنع القطع فهذا اولى ولو سرق المستاجر من المواجر وكل واحد منهما في منزل على حده يقطع بلا خلاف لانه لا شبهة في الحرز واما المواجر اذا سرق من المستاجر فكذلك يقطع في قول ابي حنيفة وعندهما لا يقطع وجه قولهما ان الحرز ملك للسارق فيورث شبهة في درء الحد لانه يورث شبهة في اباحة الدخول فيختل الحرز فلا يقطع وجه قول ابي حنيفة ان معنى الحرز لا يتعلق له بالملك اذ هو اسم لمكان معد للاحراز يمنع عن الدخول فيه الا بالاذن وقد وجد لان المواجر ممنوع عن الدخول في المنزل المستاجر من غير اذن فاشبه الاجنبي ولا قطع على من سرق من ذي رحم محرم عندنا سواء كان بينهما ولاد او لا وقال الشافعي في الوالدين والمولودين كذلك فاما في غيرهم فيقطع وهو على اختلاف العتق والنفقة وتذكر المسئلة في كتاب العتاق ان شاء الله تعالى والصحيح قولنا لان كل واحد منهما يدخل في منزل صاحبه بغير اذن عادة وذلك دلالة الاذن من صاحبه فاختل معنى الحرز ولان القطع بسبب السرقة فعل يفضي الى قطع الرحم وذلك حرام والمفضي الى الحرام حرام **ولو سرق** جماعة فيهم ذو رحم محرم من المسروق منه لا يقطع واحد منهم عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يقطع ذو الرحم المحرم ويقطع سواه والكلام على نحو الكلام فيما اذا كان فيهم صبي او مجنون وقد ذكرناه فيما تقدم **ولو سرق** من ذي رحم محرم يقطع بالاجماع لان المباسطة بالدخول من غير استيذان غير ثابتة في هذه القرابة عادة وكذا هذه القرابة لا يجب صيانتها عن القطيعة ولهذا لم يجب بها العتق والنفقة وغير ذلك ولو سرق من ذي محرم لا رحم له بسبب الرضاع فقد قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما

يقطع الذي سرق ممن يحرم عليه من الرضاع كائنا من كان وقال ابو يوسف اذا سرق من امه من
الرضاع لا يقطع **وجه** قوله ان المباسطة بينهما في الدخول ثابتة عرفا وعادة فان الانسان
يدخل في منزل امه من الرضاع من غير اذن كما يدخل في منزل امه من النسب بخلاف الاخت من
الرضاع **ولهما** ان الثابت بالرضاع ليس الا الحرمة المؤبدة وانها لا تمنع وجوب القطع كما لو
سرق من امه موطوته ولهذا يقطع في الاخت من الرضاع **ولو سرق** من امراة ابيه او من زوج
امه او من حليلة ابيه او من ابن امراته او بنتها او امها ينظر ان سرق ماله من منزل من يضاف
السارق اليه من ابيه وامه وابنه وامراته لا يقطع بلا خلاف لانه ماذون بالدخول في منزل
هولاء فلم يكن المنزل احرازا في حقه فان سرق من منزل اخر فان كان فيه لم يقطع بالاجماع وان
كان لكل واحد منهما منزل على حده اختلف فيه قال ابو حنيفة لا يقطع وقال ابو يوسف يقطع اذا
سرق من غير منزل السارق او منزل ابيه او ابنه وذكر القاضي في شرحه مختصر
الطحاوي قول محمد مع قول ابي يوسف وجه قولهما ان المانع هو القرابة ولا قرابة
بين السارق وبين المسروق منه بل كل واحد منهما اجنبي عن صاحبه فلا يمنع وجوب
القطع كما لو سرق من اجنبي وجه قول ابي حنيفة ان في الحرز شبهة لانه حق التزاور ثابت
بينه وبين قريبه لا لكون المنزل لغير قريبه لا يقطع حق التزاور **وهذا** يورث شبهة
اباحة الدخول للزيارة فيختل معنى الحرز ولا قطع على احد الزوجين يسرق من مال صاحبه
سوا سرق من البيت الذي هما فيه او من بيت اخر لان كل واحد منهما يدخل في منزل
صاحبه وينتفع بماله عادة وذلك يوجب خللا في الحرز وفي الملك ايضا وهذا عندنا
وقال الشافعي ان سرق من البيت الذي هما فيه لا يقطع وان سرق من بيت اخر يقطع والمسئلة
مرت في كتاب الشهادات وكذلك لو سرق احد الزوجين من عبد صاحبه او امته او
مكاتبه او سرق عبد احدهما وامته ومكاتبه من صاحبه او سرق خادم احدهما من
صاحبه لا يقطع لانه ماذون بالدخول في الحرز ولو سرقت امراة من زوجها او سرق
رجل من امراته ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت بغير عدة لم يقطع واحد منهما لان الاخذ
حين وجوده لم ينعقد موجبا للقطع لقيام الزوجية فلا ينعقد عند الابانة لان
الابانة طارية والاصل ان لا يعتبر الطاري مقارنا في الحكم لما فيه من مخالفة الحقيقة الا
اذا كان في الاعتبار اسقاط الحد وقت لا عتبار وفي الاعتبار ههنا ايجاب الحد
فلا يعتبر ولو سرق من مطلقته وهي في العدة او سرقت مطلقته وهي في العدة لم يقطع واحد
منهما سوا كان الطلاق رجعيا او بائنا او ثلاثا لان النكاح في حال قيام العدة قائم من وجه
او اثره قائم وهو العدة وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع فقيامه من وجه او قيام اثره
يورث شبهة ولو سرق رجل من امراة اجنبية ثم تزوجها فهذا لا يخلو من احد وجهين اما ان
تزوجها قبل ان يقضى عليه بالقطع واما ان تزوجها بعد ما قضي عليه فان تزوجها قبل ان يقضى
عليه لم يقطع بلا خلاف لان هذا مانع طرا على الحد والمانع الطاري في الحد وكالمقارن لان الحدود
تدرء بالشبهات فيصير طريان الزوجية شبهة مانعة من القطع كقرانها وان تزوجها بعد
ما قضي عليه بالقطع لم يقطع عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يقطع وجه قول ابي يوسف
ان الزوجية القائمة عند السرقة انما يمنع وجوب القطع باعتبار التهمة وهي شبهة عدم الحرز
او شبهة الملك فالطارية لو اعتبرت مانعة لكان ذلك اعتبار شبهة الشبهة وانما ساقطه

في باب الحدود وجه قول ابي حنيفة ان الامضا في باب الحدود من القضا فكانت الشبهة المعترضة
على الامضا كالمعترضة على القضا الا ترى انه لو قذف رجلا بالزنا وقضى عليه بالحد ثم
ان المقذوف زنا قبل اقامة الحد على القاذف سقط الحد عن القاذف وجعل الزنا المعترض على
الحد كالموجود عند القذف ليعلم ان الطاري على الحدود قبل الامضا بمنزلة الموجود قبل القضا
والله اعلم **وذكر** في الجامع الصغير في الطرار اذا طر الصرة من خارج الكم انه لا يقطع عند
ابي حنيفة فان ادخل يده في الكم فطرها يقطع وقال ابو يوسف هذا كله سوا ويقطع وعند
تفصيل الكلام فيه يرتفع الخلاف ويتفق الجواب وهو ان الطر لا يخلو اما ان يكون بالقطع واما ان
يكون بحل الرباط والدراهم لا تخلو اما ان كانت مصرورة على ظاهر الكم واما ان كانت مصرورة
في باطنه فان كان الطر بالقطع والدراهم مصرورة على ظاهر الكم لم يقطع لان الحرز هو الكم والدراهم
بعد القطع يقع على ظاهر الكم فلم يوجد الاخذ من الحرز وعليه يحمل قول ابي حنيفة وان كانت
مصرورة في داخل الكم يقطع لانها بعد القطع تقع في داخل الكم فكان الطر اخذا من الحرز وهو
الكم فيقطع وعليه يحمل قول ابي يوسف وان كان الطر بحل الرباط ينظر ان كان بحال لو حل الرباط
تقع الدراهم على ظاهر الكم بان كانت العقدة مشدودة من داخل الكم لا يقطع لانه اخذها
من غير حرز وهو تفسير قول ابي حنيفة وان كان اذا حل تقع الدراهم في داخل الكم وهو يحتاج
الى ادخال يده في الكم للاخذ يقطع لوجود الاخذ من الحرز وهو تفسير قول ابي يوسف والله اعلم
وعلى هذا الاصل ايضا يخرج النباش على اصل ابي حنيفة ومحمد انه لا يقطع لان القبر ليس
بحرز بنفسه اصلا اذ لا يحفظ الاموال فيه عادة الا ترى انه لو سرق من الدراهم والدنانير
لا يقطع ولا حافظ للكفن ليجعل حرزا بالحافظ فلم يكن القبر حرزا لا بنفسه ولا بغيره او فيه شبهة
عدم الحرز لانه ان كان حرز مثله فليس حرز الساير الاموال فتمكنت الشبهة في كونه حرزا فلا يقطع
ثم اختلف انه يعتبر في كل شي حرز مثله او حرز نوعه قال بعض مشايخنا ان يعتبر في كل شي
حرز مثله كالاصطبل للدابة والحظيرة للشاة حتى لو سرق اللولو من هذه المواضع لا يقطع
وذكر الكرخي في مختصره عن اصحابنا ان ما كان حرزا للنوع يكون حرزا للانواع كلها وجعلوا سرير
البقال حرزا للجواهر فالطحاوي اعتبر العرف والعادة وقال الحرز الذي هو المكان الذي يحفظ
فيه عادة والناس في العادات لا يحرزون الجواهر في الاصطبل والكرخي اعتبر الحقيقة لان
حرز الشي ما يحرز ذلك الشي حقيقة وسريجة البقال يحرز الدراهم والدنانير والجواهر
حقيقة فكانت حرزا لها والله اعلم ومنها ان يكون نصابا والكلام في هذا الشرط يقع في ثلاث
مواضع احدها في اصل النصاب انه شرط ام لا والثاني في بيان قدره والثالث في بيان صفاته
اما الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلما انه شرط فلا قطع فيما دون النصاب وحكي عن الحسن
البصري انه ليس بشرط ويقطع في القليل والكثير وهو قول الخوارج واحتجوا بظاهر قوله تعالى
والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما من غير شرط النصاب وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لعن الله السارق يسرق الحبل فيقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده ومعلوم ان من الحبال
ما لا يساوي ... والبيضة لا تساوي حبة **ولنا** دلالة النص واجماع الصحابة اما دلالة
النص فلان الله تعالى اوجب القطع على السارق والسارقة والسارق اسم مشتق من معنى وهو السرقة
والسرقة اسم للاخذ على سبيل الاستخفا ومسارقة الاعين وانما تقع الحاجة الى الاستخفا لما خطر
والحبة لا خطر لها فلم يكن اخذها سرقة فكان ايجاب القطع على السارق اشارة الى النصاب دلالة واما

الاجماع فان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعوا على اعتبار النصاب وانما جرى الاختلاف بينهم
في التقدير واختلافهم في التقدير اجماع منهم على ان اصل النصاب شرط وبه تبين ان ما روي من
الحديث غير ثابت او منسوخ او محمول المذكور على حبل له خطر كحبل السفينة وبيضة خطيرة
كبيضة الحديد توفيقا بين الدلايل والله اعلم **واما** الكلام في قدر النصاب فقد اختلف
فيه ايضا قال اصحابنا رحمهم الله انه مقدر بعشرة دراهم فلا قطع في اقل من عشرة وقال مالك
وابن ابي ليلى بخمسة وذكر القدوري عند مالك بثلثة وقال الشافعي ربع دينار حتى لو سرق
ربع دينار الا حبة وهو مع نقصانه يبلغ عشرة لا تقطع عنده وعندنا يقطع ولو سرق ربع
دينار لا يساوي عشرة لم يقطع عندنا وعنده يقطع وقيمة الدينار عنده اثنا عشر وعندنا
عشر على ما بين في كتاب الديات ان شاء الله تعالى احتج من اعتبر الخمسة بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا تقطع الخمسة الا بخمسة واحتج الشافعي بما روي عن عايشة رضي الله عنها عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا وروي عن عبد الله بن عمر
رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع في مجن قيمته ثلثة دراهم وهي قيمة ربع دينار
عنده لان الدينار على اصله مقوم باثني عشر درهما **ولنا** ما روى محمد في الكتاب باسناده
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان
لا يقطع الا في ثمن المجن وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم وفي رواية عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن
جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع فيما دون عشرة دراهم وعن عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقطع اليد الا في دينار او في عشرة دراهم
وعن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقطع السارق الا في ثمن المجن وكان يقوم
يومئذ بعشرة دراهم وعن ابن ام ايمن انه قال ما قطعت يد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
الا في ثمن المجن وكان يساوي يومئذ عشرة دراهم وذكر محمد في الاصل ان عمر رضي الله عنه امر بقطع
يد سارق ثوب بلغت قيمته عشرة دراهم فرده عثمن رضي الله عنه وقال ان هذا لا يساوي الا ثمانية
فدرا عمر رضي الله عنه القطع عنه وعن عمر وعثمن وعلي وعبد الله بن مسعود رضوان الله عليهم مثل
مذهبنا والاصل ان الاجماع انعقد على وجوب القطع في العشرة وفيما دون العشرة اختلفت
الاحاديث فوقع الاحتمال في وجوب القطع فلا يجب مع الاحتمال واذا عرف ان النصاب شرط وجوب
القطع بالسرقة فان وجد ذلك القدر في اخذ سرقة واحدة قطع لوجود الشرط وهو كمال
النصاب وان اختلفت السرقة لم تقطع لفقد الشرط وعلى هذا مسايل اذا دخل رجل دارا فيها بيوت
من بيت فيه دراهم فاخرجه الى صحنها ثم عاد فاخذ درهما من البيت فاخرجه ثم عاد فاخذ درهما
من البيت فاخرجه فلم يزل يفعل ذلك حتى اخذ عشرة دراهم ثم اخرج العشرة من الدار قطع لان هذه
سرقة واحدة لان الدار مع صحنها وبيوتها حرز واحد فما دام في الدار لم يوجد الاخراج من
الحرز فاذا اخرج من الدار جملة فقد وجد اخراج نصاب من الحرز فيجب القطع ولو كان خرج
في كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرار لم يقطع لان هذه سرقات اذ كل فعل من اخراج
من الحرز فكان كل فعل منه معتبرا بنفسه وانه سرقة ما دون النصاب فلا يوجب القطع وكذلك
جماعة دخلوا دارا واخرجوا من بيت من بيوتها المتاع مرة بعد اخرى الى صحن الدار ثم اخرجوه
من الصحن دفعة واحدة يقطعون اذا كان ما اخرجوا يخص كل واحد منهم عشرة دراهم وان تفرق
الاخراج يعتبر كل واحد بنفسه لان الاخراج اذا وقع جملة واحدة فهو سرقة واحدة واذا

تفرق

تفرق فهو سرقات فكان كل واحد معتبرا بنفسه ولو سرق رجل واحد عشرة دراهم من منزلين
مختلفين بان سرق منه تسعة دراهم من منزل ثم اتى منزلا اخر فسرق منه درهما او تسعة لم يقطع
لانهما سرقتان مختلفتان لان كل واحد من المنزلين حرز بانفراده فهتك احدهما بما دون النصاب
لا يعتبر في هتك الاخر فيعتبر كل واحد معتبرا بنفسه **ولو سرق** رجل عشرة دراهم لعشرة انفس
في موضع واحد قطع وان تفرق ملاكها لانه يعتبر في ذلك حال السارق والسارق واحد فكان النصاب
كاملا وانما اعتبر حال السارق دون المسروق منه لان كمال النصاب شرط وجوب القطع والقطع عليه
فيعتبر جانب من عليه ولا يعتبر جانب المسروق منه لان الحكم لم يجب له بل لله تعالى وان كان
عشرة انفس في دار كل واحد في بيت على حدة فسرق من كل واحد منهم درهما يقطع اذا خرج
بالجميع من الدار لما ذكرنا ان الدار حرز واحد وقد اخرج منها نصابا كاملا فكانت السرقة
واحدة وان اختلف المسروق منه ولو كانت الدار عظيمة فيها حجر لكل واحد حجرة فسرق
من كل حجرة اقل من عشرة لم يقطع لان ذلك سرقات اذ كل حجرة بانفرادها والسرقات اذا اختلفت
يعتبر في كل واحد منها كمال النصاب ولم يوجد ولو سرق عشرة انفس من رجل واحد عشرة دراهم
لم يقطعوا بخلاف الواحد اذا سرق عشرة دراهم من عشرة انفس انه يقطع اذا كانت الدراهم
في حرز واحد لما بينا ان المعتبر جانب السارق لا جانب المسروق منه فكانت السرقة واحدة فيعتبر
كمال النصاب في حق السارق لا في حق المسروق منه وسواء كانت الدراهم مجتمعة او متفرقة بعد
ان كان الحرز واحدا حتى لو سرق عشرة دراهم متفرقة من كل كيس درهما من عشرة انفس من منزل واحد
يقطع لان الحرز واحد فاذا اخرجها منه فقد خرج بنصاب كامل من السرقة فيقطع **ولو سرق** ثوبا
قيمته تسعة دراهم فوضعه على باب الدار ثم دخل فاخذ ثوبا اخر يساوي تسعة دراهم فاخرجه
لم يقطع لانه لم يبلغ الماخوذ في كل واحد منهما نصابا فلا يقطع والله اعلم **واما صفات** النصاب
فمنها ان يكون الدراهم المسروقة جيادا حتى لو سرق عشرة زيوفا او نبهرجة او ستوقة لا يقطع
الا ان يكون كثيرة يبلغ قيمتها عشرة جيادا وكذلك المسروق من غير الدراهم اذا كان لا يبلغ قيمته قيمة
عشرة دراهم جياد لا يقطع لان مطلق اسم الدراهم في الاحاديث ينصرف الى الجياد **ومنها** ان
يعتبر عشرة دراهم وزن سبعة كذا قالوا لان اسم الدراهم عند الاطلاق يقع على ذلك الا ترى
انه قدر به نصاب الزكوات والديات وكذا الناس اجمعوا على هذا في وزن الدراهم ولان هذا
اوسط المقادير لان الدراهم في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت صغارا وكبارا فاذا جمع
كبير وصغير كانا درهمين من وزن سبعة فكان هذا الوزن هو اوسط المقادير فاعتبر به لقوله
عليه السلام خير الامور اوساطها وهل يعتبر ان يكون مضروبا ذكر الكرخي انه يعتبر عشرة دراهم
مضروبة وهكذا روى بشر عن ابي يوسف وابن سماعة عن محمد حتى لو كان تبرا قيمته عشرة دراهم
مضروبة وروى الحسن عن ابي حنيفة ان السارق اذا سرق عشرة دراهم مما يجوز بين الناس
قطع وهذا يدل على ان كونها مضروبة ليس بشرط بل يقطع في المضروبة وغيرها اذا كان مما يجوز
بين الناس ويروج في معاملاتهم لهما ان تقدير نصاب السرقة وقع بالدراهم او بتقويم المجن
وقع بالدراهم والدراهم اسم للمضروبة والتبر ليس بمضروب ولان في غير المضروبة في الماليه نقصانا لانه
ينقص عنه في القيمة فاشبه نقصان الوزن وابو حنيفة رحمه الله اعتبر الجواز والرواج في
معاملات الناس فما جرى به التعامل بين الناس يستوي في نصابه المضروب وغير المضروب والصحيح
والمكسر كما في نصاب الزكوة فما قاله ابو حنيفة اقرب الى القياس وما قالاه اقرب الى الاحتياط

في باب الحدود ثم كمال النصاب في قيمة المسروق يعتبر وقت السرقة لا غير ام وقت السرقة والقطع جميعا وفائدة هذا انظهر فيما اذا كانت قيمة المسروق كاملة وقت السرقة ثم نقصت انه هل يسقط القطع فجملة الكلام فيه ان نقصان المسروق لا يخلو اما ان كان نقصان العين بان دخل المسروق عيب او ذهب بعضه واما ان كان نقصان السعر فان كان نقصان العين يقطع السارق ولا يعتبر كمال النصاب وقت القطع بل وقت السرقة بلا خلاف لان نقصان عينه هلاك بعضه وهلاك الكل لا يسقط القطع فهلاك البعض اولى وان كان نقصان السعر ذكر الكرخي انه لا يقطع في ظاهر الرواية ويعتبر قيمته في الوقتين جميعا وروي عن محمد انه يقطع وهكذا ذكر الطحاوي انه يعتبر قيمته وقت الاخراج من الحرز وهو قول الشافعي وجه هذه الرواية ان نقصان السعر دون نقصان العين لان ذلك لا يوثر في المحل وهذا يوثر فيه نقصان العين لم يوثر في اسقاط القطع فنقصان السعر اولى وجه ظاهر الرواية على ما ذكره الكرخي الفرق بين النقصانين ووجه الفرق بينهما ان نقصان السعر يورث شبهة نقصان في المسروق وقت السرقة لان العين بحالها قايمة لم تتغير وتغير السعر ليس بمضمون على السارق اصلا فيجعل النقصان الطاري كالموجود عند السرقة بخلاف نقصان العين لانه يوجب تغير العين اذ هو هلاك بعض العين وهو مضمون عليه في الجملة فلا يمكن تقدير وجوده وقت السرقة وكذا اذا سرق في بلد فاخذ في بلد اخر والقيمة فيه انقص ذكر الكرخي انه لا يقطع حتى تكون القيمة في البلدين جميعا في السعر عشرة دراهم وعلى رواية الطحاوي تعتبر قيمته وقت السرقة لا غير ومنها ان يكون المسروق الذي يقطع في الجملة مقصودا بالسرقة لا تبعا للمقصود ولا يتعلق القطع بسرقته في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هذا ليس بشرط **والاصل** في هذا ان المقصود بالسرقة اذا كان مما يقطع فيه لو انفرد وبلغ نصابا بنفسه يقطع بلا خلاف وان لم يبلغ بنفسه نصابا الا بالتابع يكمل النصاب به فيقطع وكذلك اذا كان كل واحد منهما مقصودا ولا يبلغ بنفسه نصابا يكمل احدهما بالاخر ويقطع وان كان المقصود بالسرقة مما لا يقطع فيه لو انفرد لا يقطع وان كان معه غيره ما يبلغ نصابا اذا لم يكن ذلك الغير مقصودا بالسرقة بل يكون تابعا في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقطع اذا كان ذلك الغير نصابا كاملا **وبيان** هذه الجملة في مسايل اذا سرق اناء من ذهب او فضة فيه شراب او ماء او لبن او ماورد او ثريد او نبيذ او غير ذلك مما لا يقطع فيه لو انفرد لم يقطع عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقطع **وجه قول** ان ما في الاناء اذا كان مما لا يقطع فيه يلتحق بالعدم فيعتبر اخذ الاناء على الانفراد فيقطع فيه **وجه قولهما** ان المقصود من هذه السرقة ما في الاناء والاناء تابع الا ترى انه لو قصد الاناء لاخذه لا لما فيه وما في الاناء لا يجب القطع بسرقته فاما اذا لم يجب القطع بالمقصود لا يجب بالتابع والى هذا اشار محمد رحمه الله في الكتاب فقال انما انظر الى ما في جوفه فان كان ما في جوفه لا يقطع فيه لم اقطعه ولو سرق ما في الاناء في الدار قبل ان يخرج الاناء منها ثم اخرج الاناء فارغا منه قطع لانه لما سرق ما فيه في الدار علم ان مقصوده هو الاناء والمقصود بالسرقة اذا كان مما يجب القطع بسرقته وبلغ نصابا وعلى هذا الخلاف اذا سرق صبيا حرا لا يعبر عن نفسه وعليه حلي وان كان يعبر عن نفسه لا يقطع بالاجماع لان له يدا على نفسه وعلى ما عليه من الحلي فلا يكون اخذه سرقة بل يكون خداعا فلا يقطع ولذلك ان سرق عبدا صبيا يعبر عن نفسه وعليه حلي او لم يكن لا يقطع بلا خلاف وان كان لا يعبر عن نفسه يقطع عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يقطع بناء على ان سرقة مثل هذا العبد يوجب

العطع

القطع عندهما وعنده لا يوجب والمسلة قد مرت ولو سرق كلبا او غيره من السباع في عنقه طوق لم يقطع وكذلك لو سرق مصحفا مفضضا او مرصعا بياقوت لم يقطع عندهما وعند ابي يوسف يقطع لما ذكرنا **ولو سرق** كوزا قيمته تسعة دراهم وفيه عسل يساوي درهما يقطع لان المقصود ما فيه من العسل والكوز تبع فيكمل نصاب الاصل به وكذلك لو سرق حمارا يساوي تسعة دراهم وعليه اكاف يساوي درهما يقطع لما قلنا ولو سرق عشرة دراهم من ثوب والثوب لا يساوي عشرة ينظر ان كان ذلك الثوب يصلح وعاء للدراهم بان يشد فيه الدراهم عادة بان كانت خرقة ونحوها يقطع لان المقصود بالاخذ ما هو فيه وان كان لا يصلح بان كان ثوب كرباس فان كان يبلغ قيمة الثوب نصابا بان كان يساوي عشرة يقطع بلا خلاف لان الثوب مقصود بنفسه بالسرقة وان كان لا يبلغ نصابا قال ابو حنيفة لا يقطع وذكر في الاصل ان اللص ان كان يعلم بالدراهم يقطع وان كان لا يعلم لا يقطع وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وروي عن ابي يوسف انه يقطع علم بها او لم يعلم **ووجهه** ان العلم بالمسروق ليس بشرط لوجوب القطع بل الشرط ان يكون نصابا وقد وجد وجه رواية الاصل انه اذا كان يعلم بالدراهم كان مقصودا بالاخذ الدراهم وقد بلغت نصابا فيقطع **وجه** الرواية الاخرى لابي حنيفة ان مثل هذا الثوب اذا كان مما لا يشد به الدراهم عادة كان مقصودا بنفسه بالسرقة وان لم يبلغ نصابا فلم يجب فيه القطع فكذا فيما فيه لانه تابع له **ولو سرق** جوالقا او جرابا فيه مال كثير قطع لان المقصود بالسرقة هو المظروف لا الظرف والمقصود مما يجب القطع بسرقته فيقطع وكذا اذا كان الثوب لا يساوي عشرة وفيه ما عظيم علم به اللص يقطع لان الثوب يصلح وعاء للمال الكثير ولا يصلح وعاء لليسير ففيما يصلح وعاء له يعتبر ما فيه لانا نعلم يقينا ان مقصوده ما فيه وفيما لا يصلح يعتبر نفسه مقصودا بالسرقة وما فيه تابعا ولا قطع في المقصود لنقصان النصاب فكذا في التابع لان التبع حكمه حكم الاصل والله اعلم

فصل واما الذي يرجع الى المسروق منه فهو ان يكون له يد صحيحة وهي يد الملك او يد الامانة كيد المودع والمستعير والمضارب والمبضع او يد الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم الشرا او المرتهن فيجب القطع على السارق من هولا اما من المالك فلا شك فيه وكذا من امين لان يد امينه كالاخذ منه كالاخذ من المالك واما من الغاصب فان منفعة يده عايدة الى المالك اذ بها يتمكن من الرد على المالك ليخرج عن العهدة فكانت يده يد المالك من وجه ولان المغصوب مضمون على الغاصب وضمان الغصب عندنا ضمان تمليك فاشبه يد المشتري والمقبوض على سوم الشرا مضمون على القابض والمرهون مضمون على المرتهن بالدين فيجب القطع على السارق منهم وهل يستوفي بخصومتهم حال غيبة المالك فيه خلاف نذكره ان شا الله تعالى ولا يجب القطع على السارق من السارق لان يد السارق ليست بيد صحيحة اذ ليست بيد ملك ولا يد امانة ولا يد ضمان فصار الاخذ منه كالاخذ من الطريق وان كان القطع درى عن الاول قطع الثاني لانه اذا درى عنه القطع صارت يده يد ضمان ويد الضمان يد صحيحة كيد الغاصب ونحوه والله اعلم

فصل واما الذي يرجع الى المسروق فيه وهو المكان فهو ان تكون السرقة في دار العدل فلا يقطع في السرقة في دار الحرب ودار البغي لانه لا يد للامام على دار الحرب ولا على دار البغي فالسرقة الموجودة فيها لا تنعقد سببا لوجوب القطع **وبيان** هذا في مسايل التجار والاساري من اهل الاسلام في دار الحرب اذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا الى دار الاسلام فاخذ السارق لا يقطعه الامام لانه لا يد للامام

على دار الحرب ودار البغي فالسرقة الموجودة فيهما فالسرقة فيهما لم تنعقد موجبة
للقطع فلا يستوفي في دار [illegible] وكذلك التجار من اهل العدل في معسكر اهل البغي
او الاسارى في ايديهم اذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا الى اهل العدل فاخذ السارق
لم يقطعه الامام لان السرقة وجدت في موضع لا يد للامام عليه فاشبهت السرقة
في دار الحرب وكذلك رجل من اهل البغي جاء الامام تائبا وقد سرق من اهل البغي لم يقطعه
لما قلنا وكذلك رجل من اهل العدل اغار على معسكر اهل البغي فسرق منهم لم يقطعه الامام
لان السرقة لم تنعقد موجبة للقطع لعدم الولاية الاستيفاء ولانه اخذ عن تاويل لان
لاهل العدل ان ياخذوا اموال اهل البغي ويحبسوها عندهم حتى يتوبوا فكان في العصمة شبهة
العدم وكذلك رجل من اهل البغي اذا سرق من معسكر اهل العدل وعاد الى معسكره ثم اخذ
بعد ذلك لم يقطع لانهم يعتقدون اباحة اموالنا ولهم منعة فكان اخذه عن تاويل فلا
يقطع بالسرقة كما لا يضمن بالاتلاف ولو ان رجلا من اهل العدل سرق من انسان مالا وهو
يشهد عليه بالكفر ويستحل دمه وماله يقطع لان مجرد اعتقاد الاباحة لا عبرة به ولانا لو
اعتبرنا ذلك لادى الى سد باب الحد لان كل سارق لا يعجز عن اظهار ذلك فيسقط القطع
عن نفسه وهذا قبيح فما ادى اليه مثله **وفصل** واما بيان ما تظهر به السرقة
عند القاضي فنقول وبالله التوفيق السرقة الموجبة للقطع عند القاضي تظهر باحد امرين
احدهما البينة والثاني الاقرار اما البينة فتظهر بها السرقة اذا استجمعت شرائطها لانها
حجة ترجح جنبة الصدق على جنبة الكذب فتظهر المخبر به وشرائط قبول البينة في باب
السرقة بعضها يعم البينات كلها وقد ذكرناه في كتاب الشهادات وبعضها يخص ابواب
الحدود والقصاص وهو الذكورة والعدالة والاصالة فلا تقبل فيها شهادة النساء
ولا شهادة الفساق ولا الشهادة على الشهادة لان في شهادة هؤلاء زيادة شبهة لا ضرورة
الى تحملها فيما يحتال لدفعه ويحتاط لدرءه وكذا عدم تقادم العهد الا في حد القذف
والقصاص حتى لو شهدوا بالسرقة بعد حين لم تقبل ولا تقطع ويضمن المال والاصل
ان التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة ولا يبطلها على حد القذف ولا يبطل
الاقرار ايضا والفرق يذكر في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى وانما ضمن المال لان
التقادم انما يمنع من الشهادة على الحدود الخالصة للشبهة والشبهة تمنع وجوب الحد
ولا تمنع وجوب المال وبعضها يخص ابواب الاموال والحقوق وهو الخصومة والدعوى
ممن له يد صحيحة حتى لو شهدوا ان فلانا سرق من فلان الغائب لم تقبل شهادتهم ما لم يحضر المسروق
منه ويخاصم لما ذكرنا ان كون المسروق ملكا لغير السارق شرط لكون الفعل سرقة ولا يظهر ذلك
الا بالخصومة واذا لم توجد الخصومة لا تقبل شهادتهم ولكن يحبس السارق لانه صار متهما او اورث
تهمة لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة **وهل يشترط** حضور المولى
لقبول البينة القائمة على سرقة عبده مال انسان والعبد يجحد اختلف فيه قال ابو حنيفة
يشترط حتى لو كان مولاه غائبا لم تقبل البينة وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وروي
عن ابي يوسف رواية اخرى انه لا يشترط ويقضى عليه بالقطع وان كان مولاه غائبا **وجه
هذه** الرواية ان القطع انما يجب على العبد بالسرقة من حيث انه ادمي مكلف لا من حيث انه
مال مملوك للمولى ومن هذا الوجه المولى اجنبي فلا معنى لاشتراط حضرته كما لا يشترط حضرة سائر

الاجانب

الاجانب ولهذا لو اقر بالسرقة يصح اقراره ولا يشترط حضرة المولى كذا هذا وجه
قول ابي حنيفة ان هذه البينة تتضمن اتلاف ملك المولى فلا يقضى بها مع غيبة المولى
كالبينة القائمة على ملك شيء من رقبة العبد ولان من الجائز انه لو كان حاضرا لادعى شبهة
مانعة من قبول الشهادة والحد يندرئ ما امكن بخلاف الاقرار لانه بعد ما وقع موجبا
للحد لا يملك المولى رده لا موجبا فلم يتمكن فيه شبهة ولا يظهر السرقة بالنكول حتى لو ادعى
على رجل سرقة فاستحلف فنكل لا يقضى عليه بالقطع ويقضى بالمال لان المال انما يجري
مجرى البدل والقطع مما لا يحتمل البدل والاباحة والمال يحتمل البدل والاباحة واما ان يجري
مجرى الاقرار ففيه شبهة العدم لكونه اقرارا من طريق السكوت لا صريحا والشبهة تمنع وجوب
الحد ولا تمنع وجوب المال **واما** الاقرار فيظهر به السرقة الموجبة ايضا لان الانسان
غير متهم في الاقرار على نفسه بالاضرار بنفسه فيظهر به السرقة كما يظهر بالبينة بل اولى
لان المرء قد يتهم في حق غيره اما لا يتهم في حق نفسه وسواء كان الذي اقر بالسرقة عبدا ماذونا
او محجورا العبد ان كان من اهل وجوب القطع عليه وعند زفر لا يقطع باقرار العبد من غير
تصديق المولى وجملة الكلام ان العبد اذا اقر بسرقة عشرة دراهم لا يخلو اما ان كان ماذونا
او محجورا والمال قائم او هالك فان كان ماذونا يقطع ثم ان كان المال هالكا او مستهلكا
لا ضمان عليه سواء صدقه مولاه في اقراره او كذبه فيه لان القطع مع الضمان لا يجتمعان
عندنا وان كان قائما فهو للمسروق وهذا قول اصحابنا الثلثة وقال زفر لا يقطع من غير
تصديق المولى والمال للمسروق منه وجه قوله ان اقرار العبد يتضمن اتلاف مال المولى
لان يد العبد مال مولاه فلا يقبل من غير تصديقه **ولنا** ان العبد غير متهم في هذا
الاقرار لان المولى ان كان يتضرر فضرر العبد اعظم فلم يكن متهما في اقراره فيقبل ولانه لا ملك
للمولى في يد العبد في حق القطع كما لا ملك له في نفسه في حق القتل فكان العبد فيه مبقى على
اصل الحرية فيقبل اقراره كالحر وبه تبين ان اقراره لا يتضمن ابطال حق المولى في حق القطع
لعدم الحق له في حقه وان كان محجورا تقطع يده ثم ان كان المال هالكا او مستهلكا لا
ضمان عليه كذبه مولاه او صدقه وان كان قائما فان صدقه مولاه تقطع يده والمال
للمسروق منه وان كذبه بان قال هذا مالي اختلف فيه اصحابنا الثلثة قال ابو حنيفة
تقطع يده والمال للمسروق منه وقال ابو يوسف تقطع يده والمال للمولى ولا ضمان على العبد
في الحال ولا بعد العتق وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى ويضمن مثله للمقر له بعد العتق
وجه قول محمد ظاهر لان اقرار المحجور بالمال لا يصح لان ما في يده ملك مولاه ظاهرا وغالبا
واذا لم ينفذ اقراره بالمال بقي المال على حكم ملك المولى ولا قطع في مال المولى بخلاف الماذون
لان اقراره بالمال جائز واذا جاز اقراره بالمال لغيره تثبت السرقة منه فيقطع **وجه قول**
ابي يوسف ان اقراره بالحد جائز وان كان لا يجوز بالمال اذ ليس من ضرورة جواز اقراره في حق
الحد جوازه في المال الا ترى انه لو قال سرقت هذا المال الذي في يدي زيد من عمرو يقبل
اقراره في القطع ولا يقبل في المال كذا هذا وجه قول ابي حنيفة ان اقرار العبد بالحد جائز
لما ذكرنا في العبد الماذون فلزم القطع فبعد ذلك لا يخلو اما ان تقطع في المال القائم
بعينه ويرد المسروق الى المولى واما ان تقطع في مال بغير عينه لا سبيل الى الاول لان
قطع اليد في مال محكوم به لمولاه لا يجوز ولا يجوز ان يقطع في مال بغير عينه لان الاقرار صادف

صادف مالا معينا فتعين ان يقطع في المال المقر به بعينه ويرد المال الى المسروق منه هذا اذا
كان العبد عاقلا بالغا وقت الاقرار فاما اذا كان صبيا عاقلا فلا قطع عليه لانه ليس من اهل
الخطاب بالشرايع ثم ينظر ان كان ماذونا يصح اقراره بالمال فان كان قايما يرد عليه وان
كان هالكا يضمن وان كان محجورا لا يصح اقراره الا بتصديق المولى فان كذبه فالمال للمولى
ان كان قايما وان كان هالكا لا ضمان عليه لا في الحال ولا بعد العتاق ولو اقر العبد بسرقة
ما دون العشرة لا يقطع لان النصاب شرط ثم ينظر ان كان ماذونا صح اقراره ويرد
المال الى المسروق منه وان كان هالكا يضمن سوا كان العبد مخاطبا او لم يكن وان كان محجورا
فان صدقه مولاه فكذلك وان كذبه فالمال للمولى ويضمن العبد بعد العتاق ان كان
مخاطبا وقت الاقرار وان كان صغيرا لا ضمان عليه والاصل في جنس هذه المسايل ان كل
ما لا يصح اقرار المولى على عبده يصح اقرار العبد فيه ثم المولى اذا اقر على عبده بالقصاص
او حد الزنا او حد القذف او السرقة او القطع في السرقة لا يصح فاذا اقر العبد بهذه
الاشيا يصح واما اذا اقر المولى على عبده بالجناية فيما دون النفس يسلك بها مسلك
الاموال فكان المولى اقر عليه بالدين ولو اقر عليه بالدين يصح كذا هذا وان كان عليه دين
لا يصح لانه لو اقر عليه بالدين وعليه دين لا يصح كذا اذا اقر عليه بالجناية والله اعلم وعدم
التقادم في الاقرار ليس بشرط لجوازه فيجوز سوا تقادم عهد السرقة او لا بخلاف البينة
والفرق نذكره في كتاب الحدود ان شا الله تعالى واختلف في العدد في هذا الاقرار
انه هل هو شرط قال ابو حنيفة ومحمد ليس بشرط ويظهر بالاقرار مرة واحدة وقال
ابو يوسف شرط فلا يقطع ما لم يقر مرتين في مكانين والدلايل نذكرها في كتاب
الحدود ان شا الله تعالى وكذا اختلف في دعوى المسروق منه انها هل هي شرط كون
الاقرار مظهرا للسرقة كما هي شرط كون البينة مظهرة لها قال ابو حنيفة ومحمد شرط حتى
لو اقر السارق انه سرق مال فلان الغايب لم يقطع ما لم يحضر المسروق منه ويخاصم عندهما
وقال ابو يوسف الدعوى في الاقرار ليست بشرط ويقطع حال غيبة المسروق منه
وجه قول ابي يوسف ان اقراره بالسرقة اقرار على نفسه والانسان يصدق في الاقرار
على نفسه لعدم التهمة ولهذا لو اقر بالزنا بامراة وهي غايبة يقبل اقراره ويحد كذا
هذا ولهما ما روي ان سمرة قال للنبي صلى الله عليه وسلم اني سرقت لآل فلان فانفذ
النبي عليه السلام اليهم فسالهم فقالوا انا فقدنا بعيرا لنا في ليلة كذا فقطعه فلولا ان
المطالبة شرط ظهور السرقة بالاقرار لم يكن ليسالهم بل كان يقطع السارق ولان كل من
في يده شي فالظاهر انه ملكه فاذا اقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى يصدقه
المقر له والغايب يجوز ان يصدقه فيه ويجوز ان يكذبه فيبقى على حكم ملك السارق فلا يقطع
ولان في ظهور السرقة بهذا الاقرار شبهة العدم لاحتمال التكذيب من المسروق منه فانه
يحتمل ان يحضر فيكذبه في اقراره بخلاف الاقرار بالزنا بامراة غايبة انه يحد المقر وان كان
يحتمل ان تحضر المراة فتدعي شبهة لان هناك لو كانت حاضرة وادعت الشبهة لا يسقط الحد
لاجل الشبهة فلو سقط عند غيبتها لسقط لشبهة الشبهة وانها غير معتبرة في درء الحد
وهاهنا بخلافه لان المسروق منه لو كان حاضرا وكذب السارق في اقراره بالسرقة لم يقطع
لامكان الشبهة بل لانعدام فعل السرقة فلم يكن في السقوط حال الغيبة اعتبار شبهة

الشبهة

الشبهة والله اعلم قال محمد رحمه الله لو قال سرقت هذه الدراهم ولا ادري لمن هي او قال
سرقتها ولا اخبرك من صاحبها لا يقطع لان جهالة المسروق منه فوق غيبته ثم الغيبة لما منعت
القطع على اصله فالجهالة اولى ولان الخصومة لما كانت شرطا فاذا كان المسروق منه مجهولا لم
يتحقق الخصومة فلا يقطع واذا عرف ان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع بالبينة
على الاتفاق او بالاقرار على الاختلاف فلا بد من بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول
وبالله التوفيق الاصل ان كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة ومن لا فلا فللمالك ان يخاصم
السارق اذا سرق منه لا شك فيه لان يد الملك يد صحيحة واما المودع والمستعير
والمضارب والمستبضع والغاصب والقابض على سوم الشرا والمرتهن فلا خلاف بين اصحابنا
في انهم يخاصمون السارق وتعتبر خصومتهم في حق ثبوت ولاية الاسترداد والاعادة
الى ايديهم واما في حق القطع فكذلك عند اصحابنا الثلثة ويقطع السارق بخصومتهم وعند
زفر لا تعتبر خصومتهم في حق القطع ولا يقطع السارق بخصومة هؤلاء وعند الشافعي لا
تعتبر خصومة غير المالك اصلا لا في حق القطع ولا في حق ولاية الاسترداد وجه قول زفر
ان يد هؤلاء ليست بيد صحيحة في الاصل اما يد المودع فظاهر لانها يد حفظ الا انه
يثبت له ولاية الخصومة لضرورة الاعادة الى يد الحفظ ليتمكن من التسليم الى المالك وكذلك
يد الغاصب والقابض على سوم الشرا والمرتهن يدهم يد ضمان لا يد خصومة وانما
تثبت لهم ولاية الخصومة لامكان الرد الى المالك فكان ثبوت ولاية الخصومة
لهم بطريق الضرورة والثابت لضرورة يكون عدما فيما وراء محل الضرورة لانعدام
علة الثبوت وهي الضرورة فكانت الخصومة منعدمة في حق القطع ولا قطع بدون
الخصم وهذا لا يقطع بخصومة السارق كذا هذا ولنا ان الخصومة شرط
صيرورة البينة حجة مظهرة للسرقة لما بينا ان الفعل لا يتحقق سرقة ما لم يعلم ان
المسروق ملك غير السارق وانما يعلم ذلك بالخصومة فكانت الخصومة شرط كون
البينة مظهرة للسرقة وكونها مظهرة للسرقة تثبت بخصومة هؤلاء واذا ظهرت
السرقة يقطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما بخلاف السارق انه
لا يقطع بخصومته لان يده ليست بصحيحة لما نذكر على ان عدم القطع هناك لخلل في ملك
المسروق لما بينا فيما تقدم وهاهنا لا خلل في العصمة الا ترى ان هناك لا يقطع بخصومة
المالك وهاهنا يقطع ولو حضر المالك وغاب المرتهن هل له ان يخاصم السارق ويقطعه
ذكر في الجامع الصغير ان له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد انه ليس له ذلك وجه رواية ابن
سماعة ان ولاية الخصومة للمسروق منه والمالك ليس بمسروق منه لان السارق لم يسرق منه
وانما سرق من غيره فلم يكن له ولاية الخصومة وجه رواية الجامع ان الخصومة في باب السرقة
انما شرطت ليعلم ان المسروق ملك غير السارق وهذا يحصل بخصومة المالك فتصح خصومته
كالمرتهن بل اولى لان يد المرتهن يد نيابة فلما حصلت الخصومة بيد النيابة فبيد الاصالة اولى
ولو حضر المغصوب منه وغاب الغاصب ذكر في الجامع الصغير ان له ان يخاصم ويطالب بالقطع ولم
يذكر ابن سماعة في الغصب خلافا وذكر القدوري انه ينبغي ان يكون الخلاف فيهما واحدا وليس
للراهن ان يخاصم السارق فيقطعه لانه ليس له حق القبض قبل قضا الدين فلا يملك المطالبة
حتى لو قضى الدين له ان يخاصم لانه تثبت له ولاية القبض بالفكاك قال القدوري وعلى قياس

رواية ابن سماعة لا يثبت للراهن ولاية المطالبة مع غيبة المرتهن كما في المودع بل اولى لان
يد المرتهن اقوى من يد المودع لان يد المرتهن لنفسه ويد المودع لغيره ولو هلك الرهن في
يد السارق كان للمرتهن ان يقطعه ولا سبيل للراهن عليه لان المرتهن كان له ولاية القطع قبل
الهلاك وهلاك المحل لا يسقط القطع فيثبت الولاية فاما الراهن فلم يبق له حق في المرهون
الا ترى انه سقط عنه الدين بهلاكه فلا يثبت له ولاية المطالبة واما السارق فلا يملك الخصومة
لان يده ليست بمضمونة لانها ليست بيد ملك ولا يد ضمان ولا يد امانة فصار الاخذ من يده
كالاخذ من الطريق فلم يكن له ان يخاصم الثاني بالقطع ولا للمالك ايضا ولاية المخاصمة لان اخذ
المال من اليد الصحيحة شرط وجوب القطع ولم يوجد فلا يجب القطع فلا يثبت ولاية المطالبة
وهل للسارق الاول ان يطالب الثاني برد المسروق الى يده قالوا فيه روايتان في رواية له ذلك
وفي رواية ليس له ذلك وجه الرواية الاولى على نحو ما بينا لان المسروق منه لما لم يكن له
يد صحيحة صار الاخذ منه كالاخذ من الطريق ووجه الرواية الثانية ان من الجائز ان
يختار المالك الضمان ويترك القطع فيحتاج الى الرد من يده فيدفع اليه فيتخلص عن الضمان
كما في الغصب ونحوه على ما مر وذكر القدوري ان يجوز ان يقال ما لم يقطع فله ذلك واما بعد
القطع فليس له ذلك لان قبل القطع يحتمل اختيار الضمان وبعده لا قال ويجوز ان يقال له ذلك
بعد القطع ايضا لان الضمان ان لم يجب عليه في القضاء فهو واجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى
فيحتاج الى الرد ليتخلص عن الضمان الواجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى ولا يظهر السرقة
الموجبة للقطع بعلم القاضي سوا استفاده قبل زمان القضاء او في زمان القضاء لما ذكرنا في كتاب
ادب القاضي والله اعلم **فصل** واما حكم السرقة فنقول وبالله التوفيق للسرقة
حكمان احدهما يتعلق بالنفس والاخر يتعلق بالمال اما الذي يتعلق بالنفس فالقطع لقوله تعالى
والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولما روينا من الاخبار وعلى اجماع الامة **والكلام** في هذا
الحكم في مواضع في بيان صفات هذا الحكم وفي بيان محل اقامته وفي بيان من يقيمه وفي بيان ما يسقطه
بعد ثبوته وفي بيان حكم السقوط بعد الثبوت وعدم الثبوت اصلا لمانع من الشبهة اما صفات
هذا الحكم فانواع منها انه ينفي وجوب ضمان المسروق عندنا فلا يجب الضمان والقطع في سرقة
واحدة ولقب المسئلة ان الضمان والقطع هل يجتمعان في سرقة واحدة عندنا لا يجتمعان حتى لو هلك
المسروق في يد السارق بعد القطع او قبله لا ضمان عليه وعند الشافعي يجتمعان فيقطع ويقضي ما
استهلكه وجه قوله انه وجد من السارق سبب وجوب القطع والضمان فيجبان جميعا وانما قلنا
ذلك لانه وجد منه السرقة وانها سبب لوجوب القطع والضمان لانها جناية على حقين حق الله
تعالى وحق المسروق منه اما الجناية على حق الله تعالى فهتك حرمة حفظ الله تعالى ذا المال حال
غيبة المالك محفوظ بحفظ الله واما الجناية على حق العبد فبالاتلاف ماله فكانت الجناية على
حقين فكانت مضمونة بضمانين فيجب ضمان القطع من حيث انها جناية على حق الله تعالى وضمان
المال من حيث انها جناية على حق العبد كمن سرق خمر الذمي انه يجب عليه الحد حقا لله تعالى والضمان
حقا للعبد وكذا قتل الخطا يوجب الكفارة حقا لله تعالى والدية حقا للعبد كذا هذا **والدليل**
عليه ان المسروق لو كان قائما يجب رده الى المالك فدل انه بقي معصوما حقا لمالكه ولنا
الكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما
جزاء بما كسبا والاستدلال بالاية من وجهين احدهما ان الله تعالى سمى القطع جزاء والجزاء ينبئ عن الكفاية

فلو ضم

فلو ضم اليه الضمان لم يكن القطع كافيا فلم يكن جزاء تعالى الله عن الخلف في الخبر **والثاني** انه جعل
القطع كل الجزاء لانه ذكره ولم يذكر غيره فلو اوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء فيكون نسخا لنص
الكتاب واما السنة فما روي عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
السارق فلا غرم عليه والغرم في اللغة ما يلزم اداؤه وهذا نص في الباب واما المعقول فمن
وجهين احدهما بناء والاخر ابتداء اما وجه البناء فهو ان المضمونات عندنا تملك عند اداء الضمان
او اختياره من وقت الاخذ فلو ضمنا السارق قيمة المسروق او مثله لملك المسروق من وقت الاخذ
فتبين انه قطع في ملك نفسه وذلك لا يجوز واما وجه الابتداء فما قاله بعض مشايخنا وهو ان الضمان
انما يجب باخذ مال معصوم ثبتت عصمته حقا للمالك لان الضمان مال المعصوم يثبت عصمته حقا
للمالك فيجب ان يكون المضمون بهذه الصفة ليكون اعتداء بالمثل في ضمان العدوانات والمضمون
حالة السرقة خرج من ان يكون معصوما حقا للمالك بدلالة وجوب القطع ولو بقي معصوما حقا
للمالك لما وجب لان الثابت حقا للعبد يثبت لدفع حاجته وحاجة السارق كحاجة المسروق
منه فتمكن فيه شبهة الاباحة وانها تمنع وجوب القطع والقطع واجب فينتفي الضمان ضرورة الا انه
وجب رد المسروق حال قيامه لان وجوب الرد يتوقف على الملك لا على العصمة الا ترى ان من غصب خمر
مسلم يؤمر بالرد اليه لقيام ملكه فيها ولو هلكت في يد الغاصب لا ضمان عليه لعدم العصمة فلم يكن من
ضرورة سقوط العصمة الثابتة حقا للعبد زوال ملكه عن المحل وها هنا الملك قائم فيؤمر بالرد اليه
والعصمة زائلة فلا يكون مضمونا بالهلاك **ويخرج** على هذا الاصل مسائل اذا استهلك السارق
المسروق بعد القطع لا يضمن في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يضمن وجه هذه الرواية
ان المسروق بعد القطع بقي على ملك المسروق منه الا ترى انه يجب رده الى المالك وقبض السارق
ليس بقبض مضمون فكان المسروق في يده بمنزلة الامانة فاذا استهلكها ضمن وجه ظاهر الرواية ان
عصمة المحل الثابتة حقا للمالك قد سقطت في حق السارق لضرورة امكان ايجاب القطع فلا تعود
الا بالرد الى المالك فلم يكن معصوما قبله فلا يكون مضمونا ولو استهلكه رجل اخر يضمن لان العصمة
انما سقطت في حق السارق لا في حق غيره فيضمن **ولو سقط** القطع لشبهة ضمن لان المانع من الضمان
هو القطع وقد زال المانع **ولو باع** السارق المسروق من انسان او ملكه منه بوجه من الوجوه فان
كان قائما فلصاحبه ان ياخذه لانه عين ملكه وللماخوذ منه ان يرجع على السارق بالثمن الذي دفعه
لان الرجوع بالثمن لا يوجب ضمانا على السارق في عين المسروق لانه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته
ليوجب ذلك ملك المسروق للسارق وان كان هلك في يده فلا ضمان على السارق ولا على القابض
هكذا روي عن ابي يوسف اما السارق فلان القطع ينفي الضمان **واما** المشتري فلانه لو ضمنه
المالك لكان له ان يرجع بالضمان على السارق فيصير كان المالك ضمن السارق وقطعه ينفي الضمان عنه
وان كان استهلكه القابض كان للمالك ان يضمنه القيمة لانه قبض بغير اذنه وهلك في يده وليس له
ان يرجع على السارق بالثمن لان الرجوع بالثمن ليس بتضمين ولو اغتصبه انسان من السارق فهلك في
يده بعد القطع فلا ضمان للسارق ولا للمسروق منه اما السارق فلانه ليس بمالك واما المالك
فلان العصمة الثابتة حقا له قد بطلت **قال القدوري** وكان يقول ان يضمن الغاصب لانه لو ضمنت
لا يرجع بالضمان على السارق وعلى هذا يخرج ما اذا سرق ثوبا فخرقه في الدار خرقا فاحشا ثم اخرجه
وهو يساوي عشرة دراهم لا يقطع لان الخرق الفاحش سبب لوجوب الضمان ولانه يوجب ملك المغصوب
وذلك يمنع القطع وان خرقه عرضا فقد مر الاختلاف فيه **ومنها** انه يجزى في الداخل حتى انه لو

لو سرق سرقات فرفع فيها كلها فقطع او رفع في بعضها فقطع فيما رفع فالقطع للسرقات كلها ولا
يقطع في شيء منها بعد ذلك لان اسبابها الحدود اذا اجتمعت وانها من جنس واحد يكتفى فيها
بحد واحد كما في الزنا وهذا لان المقصود من اقامة الحد هو الزجر والردع وذلك يحصل باقامة
الواحد فكان في اقامة الثاني والثالث شبهة عدم الفائدة فلا تقام ولهذا اكتفي في باب
الزنا بالاقامة لاول حد كذا هذا ولان محل الاقامة قد فات اذ محلها اليد اليمنى لان كل سرقة
وجدت ما اوجبت الا قطع اليد اليمنى فاذا قطعت في واحدة منها فقد فات محل الاقامة وصار
كما لو ذهبت اليد اليمنى بآفة سماوية واما حكم الضمان فلا خلاف بين اصحابنا في انه اذا حضر اصحاب
السرقات وخاصموا فيها فقطع بمخاصمتهم انه لا ضمان على السارق في السرقات كلها لان مخاصمة
المسروق منه بالقطع بمنزلة الابراء عن الضمان عندنا فاذا خاصموا جميعا فكانهم ابرأوا واما اذا
خاصم واحد في سرقة فقطع لا ضمان على السارق فيما خوصم باجماع بين اصحابنا واما فيما لم يخاصم فيه فقد
اختلفوا قال ابو حنيفة لا ضمان عليه في شيء من السرقات خاصموا او لم يخاصموا وقال ابو يوسف ومحمد يضمن
في السرقات كلها الا فيما خوصم **وجه قولهما** ان المسروق منه مخير بين ان يدعي المال ليستوفي حقه وهو الضمان
وبين ان يدعي السرقة ليستوفي حق الله تعالى وهو القطع ولا ضمان له فكان سقوط الضمان مبنيا
على دعوى السرقة والخصومة فيها فمن خاصم منهم فقد وجد منه ما يوجب سقوط الضمان ومن لم يخاصم
لم يوجد منه المسقط فبقي حقه في الضمان كما كان ولابي حنيفة رحمه الله ان النافي للضمان هو القطع
والقطع وقع للسرقات كلها فينفي الضمان في السرقات كلها هكذا اذا كان المسروق هالكا اما اذا
كان قائما رد كل مسروق الى صاحبه لان القطع ينفي الضمان لا الرد **ومنها** انه لا يحتمل العفو
حتى لو امر الامام بقطع السارق فعفا عنه المسروق منه كان عفوه باطلا لان صحة العفو يعتمد
كون المعفو عنه حقا للعافي والقطع خالص حق الله تعالى لا حق للعبد فيه فلا يصح عفوه والله اعلم
واما محل اقامة هذا الحكم فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان اصل المحل ومراعاة الترتيب
والثاني في بيان موضع اقامة الحكم منه اما الاول فاصل المحل عند اصحابنا طرفان فقط وهما اليد
اليمنى والرجل اليسرى فيقطع اليد اليمنى في السرقة الاولى ويقطع الرجل اليسرى في السرقة الثانية
ولا يقطع بعد ذلك اصلا ولكنه يضمن السرقة ويعزر ويحبس حتى يحدث توبة عندنا وعند
الشافعي الاطراف الاربعة محل القطع على الترتيب فيقطع اليد اليمنى في المرة الاولى ويقطع
الرجل اليسرى في المرة الثانية ويقطع اليد اليسرى في المرة الثالثة ويقطع الرجل اليمنى في السرقة
الرابعة احتج الشافعي بقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما والايدي اسم جمع
والاثنان فما فوقهما جماعة في لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الله تعالى ان تتوبا الى الله
فقد صغت قلوبكما وان كان لكل واحد الا قلب واحد الا ان الترتيب في قطع الايدي ثبت بدليل
آخر وهذا لا يخرج اليد اليسرى من ان يكون محلا للقطع في الجملة وروي ان ابا بكر رضي الله عنه قطع
سارقا حلي اسماء وكان اقطع اليد والرجل **ولنا** ما روي ان عليا رضي الله عنه اتي بسارق فقطع
يده ثم اتي به الثانية وقد سرق فقطع رجله ثم اتي به الثالثة وقد سرق فقال لا اقطعه ان قطعت
يده فباي شيء ياكل باي شيء يتمسح وان قطعت رجله باي شيء يمشي اني لاستحيي من الله تعالى فضربه
بخشبة وحبسه وروي ان عمر رضي الله عنه اتي بسارق اقطع اليد والرجل قد سرق يقال له سدوم
فاراد ان يقطعه فقال له علي رضي الله عنه انما عليه قطع يد ورجل فحبسه عمر ولم يقطعه وعلي رضي الله
عنهما لم يزيدا في القطع على قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم

وانتقل

90 95

ولم ينقل انه انكر عليهما منكر فيكون اجماعا من الصحابة **ولنا** ايضا دلالة الاجماع والمعقول اما دلالة
الاجماع فهي انا اجمعنا على ان اليد اليمنى اذا كانت مقطوعة لا يعدل الى اليد اليسرى بل الى الرجل
اليسرى ولو كان لليد اليسرى مدخل في القطع لكان لا يعدل الا اليها لانها منصوص عليها ولا يعدل
عن المنصوص عليه الى غيره فدل العدول الى الرجل اليسرى لا اليها على انه لا مدخل لها في القطع بالسرقة
اصلا وهذا النوع من الاستدلال ذكره الكرخي **واما المعقول** فهو ان في قطع اليد اليسرى تفويت
جنس منفعة من منافع النفس اصلا وهي منفعة البطش لانها تفوت بقطع اليد اليسرى بعد قطع
اليد اليمنى فتصير النفس في حق هذه المنفعة هالكة فكان قطع اليد اليسرى اهلاك النفس من وجه
وكذا قطع الرجل اليمنى بعد قطع الرجل اليسرى تفويت منفعة الجنس لان منفعة المشي تفوت بالكلية
فكان قطع الرجل اليمنى اهلاك النفس من وجه واهلاك النفس من كل وجه لا يصلح حدا في السرقة
كذا اهلاك النفس من وجه لان الثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه في الحدود احتياطا
ولا حجة له في الآية لان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قرأ فاقطعوا ايمانهما ولا يظن بمثله ان يقرأ
ذلك من تلقاء نفسه بل بسماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت قراءته مخرج التفسير لمبهم الكتاب
وهكذا روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما في قوله فاقطعوا ايديهما انه قال ايمانهما وهكذا
روي الحسن وابراهيم واما حديث الاقطع فقد روى الزهري في الموطأ عن عائشة رضي الله عنها
انها قالت انما كان الذي سرق حلي اسماء اقطع اليد اليمنى فقطع ابو بكر رجله اليسرى وكانت تنكر ان
يكون اقطع اليد والرجل ثم انما تقطع اليد اليمنى في الكرة الاولى اذا كانت اليد اليسرى صحيحة
يمكن ان ينتفع بها بعد قطع اليد اليمنى والرجل اليمنى فاذا كانت اليد اليسرى مقطوعة او شلاء او
مقطوعة الابهام او اصبعين سوى الابهام لا تقطع اليد اليمنى لان القطع في السرقة شرع زاجرا
لا مهلكا فاذا لم تكن اليد اليسرى يمكن الانتفاع بها فقطع اليد اليمنى يقع تفويتا لجنس المنفعة وهي
منفعة البطش اصلا فيقع اهلاكا للنفس من وجه فلا يقطع ولا يقطع رجله اليسرى ايضا لانه يذهب
احد الشقين على الكمال فيهلك النفس من وجه ولو كانت اليد اليسرى مقطوعة اصبع واحدة سوى
الابهام تقطع يده اليمنى لان القطع لا يتضمن فوات جنس مقطوعة المنفعة وكذا اذا كانت الرجل
اليمنى مقطوعة او شلاء او بها عرج يمنع المشي عليها لا تقطع اليد اليمنى لما فيه من فوات الرجل اليمنى
الشق ولا رجله اليسرى وان كانت صحيحة لانه يبقى بلا رجلين فيفوت جنس المنفعة **ولو كانت**
رجله اليمنى مقطوعة الاصابع كلها فان كان يستطيع القيام والمشي عليها تقطع يده اليمنى لان الجنس
لا يفوت وان كان لا يستطيع لا تقطع لفوات الشق ولو كانت يداه صحيحتان ولكن رجله اليسرى
مقطوعة او شلاء او مقطوعة الابهام او الاصابع تقطع يده اليمنى لان جنس المنفعة لا يفوت ولا فيه
فوات الشق ايضا **ولو سرق** وابهامه شلاء او مقطوعة الابهام او الاصابع تقطع لقوله تعالى فاقطعوا
ايديهما اي ايمانهما من غير فصل بين يمين ويمين ولانها لو كانت سليمة تقطع فالناقصة المعيبة اولى
ثم فرق بين القطع في السرقة وبين الاعتاق في الكفارة حيث جعل فوات اصبعين سوى الابهام
من اليد اليسرى نقصانا مانعا من قطع اليد اليمنى ولم يجعل فوات اصبعين نقصانا مانعا من جواز
الاعتاق ما لم يكن ثلاثا ووجه الفرق ان القطع حد فهذا القدر من النقصان يورث شبهة بخلاف
العتق والله اعلم **ولو قال** الحاكم للحداد اقطع يد السارق فقطع اليد اليسرى فهذا على وجهين اما
ان قال له اقطع يده مطلقا واما ان قيده فقال اقطع يده اليمنى فان اطلق فقال له اقطع يده
فقطع اليسرى لا ضمان عليه بالحال لانه فعل ما امر به حيث امره بقطع اليد وقد قطع اليد وان قيد فقال

اقطع يده اليمنى فقطع اليسرى فان اخرج السارق يده وقال هذا هو اليمنى فلا ضمان عليه
كذا هذا وان لم يخرج السارق يده ولم يقل ذلك ولكن قطع اليسرى خطأ لا ضمان عليه عند اصحابنا
الثلثة وعند زفر يضمن لان الخطأ في حقوق العباد ليس بعذر ولنا ان هذا خطأ في الاجتهاد
لانه اقام اليسار مقام اليمين باجتهاده متمسكا بظاهر قوله تعالى فاقطعوا ايديهما من غير فصل
بين اليمين واليسار فكان هذا خطأ من المجتهد في اجتهاده وانه موضوع وهو موضوع المسئلة في هذا
الخطأ لانه اذا اخطأ فقطع اليسار يمتنع اعتقادا وجوب قطع اليمين ثم ان عند ابي
حنيفة لا يضمن هناك ايضا على ما بينا وان قطع اليسرى عمدا لا ضمان عليه ايضا عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد يضمن لهما انه تعمد الظلم باقامة اليسار مقام اليمين فلم يكن معذورا فيضمن ولابي
حنيفة انه اتلف واخلف خيرا مما اتلف فلا يضمن كرجلين شهدا على رجل ببيع عبد قيمته الف بالفين
ثم رجعا انهما لا يضمنان لما قلنا كذا هذا وانما قلنا انه اخلف خيرا مما اتلف لانه لما قطع اليسرى
فقد سلمت له اليمنى لانها لا تقطع بعد ذلك لانه لا يؤتى على اطرافه الاربعة واليمنى خير من
اليسرى ثم على قول ابي حنيفة هل يكون هذا القطع وهو قطع اليسرى قطعا من السرقة حتى اذا هلك
المال في يد السارق او استهلكه لا يضمن او لا يكون من السرقة حتى يضمن اختلف المشايخ فيه قال بعضهم
يكون وقال البعض لا يكون هذا كله اذا قطع الحداد بامر الحاكم فاما الاجنبي اذا قطع يده اليسرى
فان كان خطأ يجب الدية وان كان عمدا يجب القصاص وسقط عنه القطع في اليمنى لانه لو قطع يؤدي
الى اهلاك النفس من وجه على ما بينا ويرد عليه المسروق ان كان قائما وعليه ضمانه في الهلاك لان المانع من
الضمان هو القطع وقد سقط ولو وجب عليه قطع اليد اليمنى في السرقة فلم يقطع حتى قطع قاطع يمينه
فهذا على وجهين اما ان يكون قبل الخصومة واما ان يكون بعدها فان كان قبل الخصومة فعلى
قاطعه القصاص ان كان عمدا والارش ان كان خطأ ويقطع رجل السارق في السرقة لانه سارق لا
يمين له وان كان بعد الخصومة فان كان قبل القضاء فكذلك الجواب الا ان ههنا لا يقطع رجله
اليسرى لانه لما خوصم كان الواجب في اليمين وقد فاتت فسقط الواجب كما لو ذهبت بآفة سماوية
وان كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع لانه احتسب لاقامة حق الله تعالى وكان قطعه عن السرقة
حتى لا يجب الضمان على السارق فيما هلك من مال السرقة في يده او استهلكه واما الموضع الذي
يقطع من المنكب لظاهر قوله تعالى فاقطعوا ايديهما واليد اسم لهذه الجملة والصحيح قولنا لما روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع يد السارق من مفصل الزند فكان فعله بيانا للمراد بالآية
كانه نص فقال فاقطعوا ايديهما من مفصل الزند وعليه عمل الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم
الى يومنا هذا والله الموفق للصواب واما بيان من يقيم هذا الحكم فالذي يقيمه الامام او من ولاه
الامام لان هذا حد والمتولي لاقامة الحدود الائمة او من ولوهم من القضاة والحكام وهذا
عندنا وقال الشافعي المولى يملك اقامة الحد على مملوكه والكلام في هذا الفصل يستوفى في كتاب
الحدود ان شاء الله تعالى واما بيان ما يسقط القطع بعد وجوبه فنقول ما يسقط بعد وجوبه
انواع منها تكذيب المسروق منه السارق في اقراره بالسرقة بان يقول لم يسرق مني ومنها
تكذيبه البينة بان يقول شهد شهودي بزور لانه اذا كذبه بطل الاقرار والشهادة فيسقط
القطع ومنها رجوع السارق عن الاقرار بالسرقة فلا يقطع ويضمن المال لان الرجوع يقبل
في الحدود ولا يقبل في المال لانه يورث شبهة في الاقرار والحد يسقط بالشبهة ولا يسقط المال
رجلان اقرا بسرقة ثوب يساوي مائة درهم ثم قال احدهما الثوب ثوبنا لم نسرقه او قال هذا لي

درئ

درئ القطع عنهما لانهما لما اقرا بالسرقة فقد ثبتت الشركة بينهما في السرقة ثم لما انكر
احدهما فقد رجع عن اقراره فبطل الحد عنه برجوعه فاورث شبهة في حق الشريك لاتحاد
السرقة ولو قال احدهما سرقنا هذا الثوب من فلان فكذبه الآخر وقال كذبت لم نسرقه
قطع المقر وحده في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يقطع واحد منهما وجه قول ابي يوسف
انه اقر بسرقة واحدة منهما على الشركة فاذا لم يثبت في حق شريكه بانكاره يورث ذلك في
حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة وهذا بخلاف ما اذا اقر بالزنا بامرأة فانكرت انه
يحد الرجل على اصله لان انكار المرأة لا يؤثر في اقرار الرجل اذ ليس من ضرورة عدم الزنا
من جانبها عدمه من جانبه كما لو زنى بصبية او مجنونة بخلاف الاقرار بالسرقة لان ذلك وجد
من احدهما يؤثر في حق الآخر وجه قول ابي حنيفة ان اقراره بالشركة في السرقة اقرار
بوجود السرقة من كل واحد منهما الا انه لما انكر صاحبه السرقة لم تثبت منه فعل السرقة
وعدم الفعل منه لا يؤثر في وجود الفعل من صاحبه فبقي اقرار صاحبه على نفسه بالسرقة
فيؤخذ به بخلاف اقرار الرجل على نفسه بالزنا بامرأة وروي عن محمد انه لا يجب الحد على الرجل
على اصله لان الزنا لا يقوم الا بالرجل والمرأة فاذا انكرت لم يثبت منها فلا يتصور
الوجود من الرجل بخلاف الاقرار بالسرقة على ما بينا والله اعلم ومنها رد السارق المسروق
الى المالك قبل المرافعة عند ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وروي
عن ابي يوسف ان السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع فرد المسروق بعد ذلك
لا يخل بالسرقة الموجودة فلا يسقط القطع الواجب كالرد بعد المرافعة ولهما ان
الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع لما بينا فيما تقدم ولما رد المسروق على المالك
فقد بطلت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لان الشرط وجود الخصومة لا بقاؤها وقد
وجدت ومنها ملك السارق المسروق قبل القضاء نحو ما اذا وهب المسروق منه المسروق
من السارق قبل القضاء وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان وهبه منه قبل القضاء واما
ان وهبه بعد القضاء قبل الامضاء فان وهبه قبل القضاء يسقط القطع بلا خلاف وان وهبه
بعد القضاء قبل الامضاء فيسقط عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يسقط وهو قول
الشافعي واحتج ابو يوسف بما روي ان سارقا سرق رداء صفوان فاتي به الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فامر عليه السلام ان تقطع يده فقال صفوان يا رسول الله اني لم ارد هذا
هو عليه صدقة فقال عليه السلام فهلا قبل ان تأتيني به فدل ان الهبة قبل القضاء يسقط القطع
وبعده لا يسقط ولان وجوب القطع حكم معلق بوجود السرقة وقد تمت السرقة ووقعت
موجبة للقطع لاستجماع شرائط الوجوب فطريان الملك بعد ذلك لا يوجب خللا في السرقة
الموجودة فبقي القطع واجبا كما كان كورود المسروق على المالك بعد القضاء بخلاف ما قبل القضاء
لان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع عند القاضي وقد بطل حق الخصومة وجه قولهما
ان القبض شرط ثبوت الملك في الهبة والملك في الهبة يثبت من وقت القبض
فيظهر الملك له من ذلك الوقت من كل وجه او من وجه وكون المسروق ملكا للسارق على الحقيقة
او الشبهة يمنع من القطع ولهذا لم يقطع قبل القضاء فكذلك بعده ولان القضاء في باب الحدود
امضاؤها فما لم يمض فكانه لم يقض ولو كان لم يقض السارق لا يقطع اذا لم يمض ولان الطارئ
في باب الحدود ملحق بالمقارن اذا كان في الالحاق اسقاط الحد وههنا فيه اسقاط

الحد فيلحق به وأما الحديث فلا حجة له فيه لان المروي قوله هو عليه صدقة وقوله هو كمل
ان اراد به المسروق ويحتمل ان اراد به القطع وهبة القطع لا تسقط الحد يدل عليه انه روي في بعض
الروايات انه قال وهبت القطع وكذا يحتمل انه تصدق عليه بالمسروق او وهبه منه ولكن لم يقبضه
والقطع انما يسقط بالهبة مع القبض وعلى هذا اذا باع المسروق من السارق قبل القضا او بعده
على الاتفاق والاختلاف ولو زنى بامراة ثم تزوجها لا يسقط الحد لان الملك الثابت بالنكاح
لا يحتمل الاستناد الى وقت الوطي فلا يثبت الشبهة في الزنا فيحد واما حكم السقوط بعد
الثبوت وعدم الثبوت لمانع وهو الشبهة وغيرها فدخول المسروق في ضمان السارق حتى لو هلك
في يده بنفسه او استهلكه السارق يضمن لان المانع من الضمان هو القطع فاذا سقط القطع زال
المانع فيضمن والله اعلم والثاني وجوب رد عين المسروق على صاحبه اذا كان قايما بعينه وجملة
الكلام فيه ان المسروق في يد السارق لا يخلو اما ان كان على حاله لم يتغير واما ان احدث السارق
فيه حدثا فان كان على حاله رده على المالك لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
على اليد ما اخذت حتى ترده وروي عنه عليه السلام من وجد عين ماله فهو احق به وروي انه
عليه السلام رد رداء صفوان عليه وقطع السارق فيه وكذلك ان كان السارق قد ملك المسروق
رجلا ببيع او هبة او صدقة او تزوج امراة عليه او كان السارق امراة فاختلعت من نفسها
به وهو قايم في يدي المالك فلصاحبه ان ياخذه لانه ملكه اذ السرقة لا توجب زوال
الملك عن العين المسروقة فكان تمليك السارق باطلا ويرجع المشتري على السارق بالثمن
الذي اشتراه به لما مر وان كان هلك في يدي القابض وكان البيع قبل القبض للقطع او بعده فلا
ضمان على السارق ولا على القابض لما بينا فيما تقدم وان احدث السارق فيه حدثا لا يخلوا اما ان
احدث حدثا اوجب النقصان واما ان احدث حدثا اوجب الزيادة فان احدث
حدثا اوجب الزيادة يقطع ويرد العين على المالك وليس عليه ضمان النقصان لان نقصان المسروق
هلاك بعضه ولو هلك كله يقطع ولا ضمان عليه كذا اذا هلك البعض ويرد البعض لان القطع لا يمنع
الرد الا يرى انه لا يمنع رد الكل فكذا البعض وان احدث حدثا اوجب الزيادة فالاصل
في هذا ان السارق اذا احدث في المسروق حدثا لو احدثه الغاصب في المغصوب لا ينقطع حق
المالك ينقطع حق المسروق منه والا فلا الا ان في باب الغصب يضمن الغاصب للمالك مثل المغصوب
او قيمته وها هنا لا يضمن السارق لمانع وهو القطع اذا عرف هذا فنقول السارق اذا قطع الثوب
المسروق وخاط قميصا انقطع حق المالك لانه لو فعله الغاصب لانقطع حق المغصوب
منه كذا اذا فعله السارق ولا ضمان على السارق لما بينا ولو صبغه احمر او اصفر فكذلك لا سبيل
للمالك على العين المسروقة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ياخذ المالك الثوب
ويعطيه ما زاد الصبغ وجه قولهما انه لو وجد هذا من الغاصب يخير المالك بين ان يضمن الغاصب
قيمة الثوب وبين ان ياخذ الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه الا ان التضمين ها هنا متعذر
لضرورة القطع فيتعين الوجه الاخر وهو ان ياخذ الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه اذ الغصب
والسرقة لا يختلفان في هذا الباب الا في الضمان ولابي حنيفة رحمه الله الفرق بين الغصب
والسرقة ها هنا وهو ان حق المغصوب منه انما لم ينقطع عن الثوب بالصبغ لان اصل الثوب
ملكه وهو متقوم وللغاصب فيه حق متقوم ايضا الا انا اثبتنا الخيار بالصبغ لا للمالك لا
للغاصب لان المالك صاحب اصل والغاصب صاحب وصف وها هنا حق السارق

في الصبغ

في الصبغ متقوم وحق المالك في اصل الثوب ليس بمتقوم في حق السارق لاجل القطع الا ترى
انه لو اتلفه السارق لا ضمان عليه فاعتبر حق السارق وجعل حق المالك في الاصل تبعا لحقه
في الوصف وتعذر تضمينه لضرورة القطع فيكون له مجانا ولكن لا يحل له ان ينتفع بهذا الثوب
بوجه من الوجوه كذا قال ابو حنيفة رحمه الله لان الثوب على ملك المسروق منه الا انه تعذر رده
وتضمينه في الحكم والقضا فاما ان ملكه السارق لا يحل له الانتفاع به لانه ملكه بوجه محظور
من غير بدل لتعذر ايجاب الضمان فلا يباح له الانتفاع به ويجوز ان يصير مال انسان في
يد غيره على وجه يخرج من ان يكون واجب الرد والضمان اليه من طريق الحكم والقضا لكن لا يحل
له الانتفاع به فيما بينه وبين الله تعالى كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فاخذ شيا من
اموالهم لا يحكم عليه بالرد ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الباغي اذا اتلف مال
العادل ثم تاب لا يحكم عليه بالضمان لكن يفتى به فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك السارق
اذا استهلك المسروق لا يقضى عليه بالضمان ولكن يفتى به فيما بينه وبين الله تعالى وكذا قاطع
الطريق اذا قتل انسانا بعصا ثم جاء تائبا قبل ان يقدر عليه الحد يومر بان يدفع الدية الى ولي القتيل ولو قتل
حربي مسلما بعصا ثم اسلم لا يفتى بدفع الدية الى الولي بخلاف الباغي وقاطع الطريق والفرق
ان القتل من الحربي لم يقع سببا لوجوب الضمان لان عصمة المقتول لم تظهر في حقه ولانه بالاسلام
لانه يجب ما قبله وقال الله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف بخلاف قاطع
الطريق لان فعله وقع سببا لوجوب الضمان الا انه لا يحكم بالضمان لمانع وهو ضرورة اقامة
الحد الا ان الحد اذا لم يجب لشبهة يحكم بالضمان فيظهر اثر المانع في الحكم والقضا لا في الفتوى
وكذا فعل الباغي وقع سببا لوجوب الضمان لكن لم يحكم بالوجوب لمانع وهو عدم الفايدة
لقيام المنعة وهذا المانع يخص الحكم والقضا فكان الوجوب ثابتا عند الله تعالى فيفتى به
وعلى هذا يخرج ما اذا سرق نقرة فضة فضربها دراهم انه يقطع والدراهم ترد على صاحبها
في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ينقطع حق المالك عن الدراهم بناء على ان هذه الصنعة
لا ينقطع حق المالك في باب الغصب عنده وعندهما ينقطع ولو سرق حديدا او صفرا او نحاسا
او ما اشبه ذلك فضربها اواني ينظر ان كان بعد الصناعة والضرب يباع وزنا فهو على الاختلاف
الذي ذكرنا وان كان يباع عددا ينقطع حق المالك بالاجماع كما في الغصب وعلى هذا اذا سرق
حنطة فطحنها وغير ذلك من هذا الجنس وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الغصب والله اعلم

كتاب قطاع الطريق

الكلام في هذا الكتاب على نحو الكلام في
كتاب السرقة وذلك في اربعة مواضع في بيان ركن قطع الطريق وفي بيان شرائط الركن
وفي بيان ما يظهر به قطع الطريق عند القاضي وفي بيان حكم قطع الطريق فصل اما ركنه
فهو الخروج على المارة لاجل اخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمتنع المارة عن المرور وينقطع
الطريق سوا كان القطع من جماعة او من واحد بعد ان يكون له قوة القطع وسوا كان القطع بسلاح
او غيره من العصا والحجر والخشب ونحوها لان انقطاع الطريق يحصل بكل من ذلك وسوا كان
بمباشرة الكل او التسبيب من البعض بالاعانة والاخذ لان القطع يحصل بالكل كما في السرقة
ولان هذا من عادة القطاع اعني المباشرة من البعض والاعانة من البعض بالتسبب للدفع فلو لم
يلحق التسبيب بالمباشرة في وجوب الحد لادى ذلك الى انفتاح باب قطع الطريق وانسداد
حكمه وانه قبيح ولهذا الحق التسبيب بالمباشرة في السرقة كذا ها هنا فصل واما

الشرايط فانواع بعضها يرجع الى القاطع خاصة وبعضها يرجع الى المقطوع عليه خاصة وبعضها
يرجع اليهما جميعا وبعضها يرجع الى المقطوع له وبعضها يرجع الى المقطوع فيه اما الذي يرجع الى
القاطع خاصة فانواع منها ان يكون عاقلا ومنها ان يكون بالغا فان كان صبيا او مجنونا
فلا حد عليهما لان الحد عقوبة فيستدعي جناية وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جناية
ولهذا لم يتعلق به القطع في السرقة كذا هذا ولو كان في القطاع صبي او مجنون فلا حد
في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف ان كان الصبي هو الذي يلي القطع فكذلك
وان كان غيره حد العقلاء البالغين وقد ذكرنا المسئلة في كتاب السرقة ومنها الذكورة
في ظاهر الرواية حتى لو كانت في القطاع امراة فوليت القتال واخذ المال دون الرجال
لا يقام الحد عليها في الرواية المشهورة وذكر الطحاوي وقال النساء والرجال في قطع الطريق
سواء وعلى قياس قوله يقام الحد عليها وعلى الرجال وجه ما ذكره الطحاوي ان هذا حد
يستوي في وجوبه الذكر والانثى كساير الحدود ولان الحد ان كان هو القطع فلا يشترط في
وجوبه الذكورة كحد السرقة وان كان هو القتل فكذلك كحد الزنا وهو الرجم اذا كانت محصنة
وجه الرواية المشهورة ان ركن القطع وهو الخروج على المارة على وجه المحاربة والمغالبة لا يتحقق
من النساء عادة لرقة قلوبهن وضعف بنيتهن فلا يكن من اهل الحرب ولهذا لا يقتلن
في دار الحرب بخلاف السرقة لانها اخذ المال على وجه الاستخفاء ومسارقة الاعين والانوثة
لا تمنع من ذلك وكذا اسباب ساير الحدود يتحقق من النساء كما يتحقق من الرجال واما الرجال
الذين معها فلا يقام عليهم الحد في قول ابي حنيفة ومحمد سواء باشروا معها او لم يباشروا وفرق ابو يوسف
بين الصبي وبين المراة حيث قال اذا باشر الصبي لا حد على من لم يباشر من العقلاء البالغين واذا
باشرت المراة يحد الرجال ووجه الفرق له ان امتناع الوجوب على المراة ليس لعدم الاهلية
لانها من اهل التكليف الا ترى انه يتعلق ساير الحدود بفعلها بل لعدم المحاربة منها او نقصانها
عادة وهذا لم يوجد في الرجال فلا يمتنع وجوب الحد عليهم وامتناع الوجوب على الصبي لعدم
اهلية الوجوب لانه ليس من اهل الايجاب عليه ولهذا لم يجب عليه ساير الحدود فاذا انتفى
الوجوب عليه وهو اصل امتنع التبع ضرورة وجه قولهما ان سبب الوجوب شي واحد وهو قطع الطريق
وقد حصل ممن يجب عليه وممن لا يجب عليه فلا يجب اصلا كما اذا كان فيهم صبي او مجنون واما
الحرية فليست بشرط لعموم قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في
الارض فسادا الاية من غير فصل بين الحر والعبد ولان الركن وهو قطع الطريق يتحقق من العبد
حسب تحققه من الحر فيلزمه حكمه كما يلزم الحر وكذلك الاسلام لما قلنا فصل واما الذي يرجع الى
المقطوع عليه خاصة فنوعان احدهما ان يكون مسلما او ذميا فان كان حربيا مستامنا لا حد على
القاطع لان مال الحربي المستامن ليس بمعصوم مطلقا بل في عصمته شبهة العدم لانه من اهل دار الحرب
وانما استفاد العصمة بعارض الامان موقتا الى غاية العود الى دار الحرب فكان في عصمته شبهة
الاباحة فلا يتعلق الحد بالقطع عليه كما لا يتعلق بسرقة ماله بخلاف الذمي لان عقد الذمة افاد
له عصمة ماله على التابيد فيتعلق الحد باخذه كما يتعلق بسرقته والثاني ان تكون يده صحيحة بان
كانت يده يد ملك او يد امانة او يد ضمان فان لم تكن صحيحة كيد السارق لا حد على القاطع كما لا حد
على السارق على ما مر في كتاب السرقة فصل يرجع اليهما جميعا واحد وهو ان لا يكون
في القطاع ذو رحم محرم من احد من المقطوع عليهم فان كان لا يجب الحد لان بينهما تبسطا في المال

والحرز

والحرز لوجود الاذن بالتناول عادة فيختل الحرز فاخذ ما لم يحرزه عن الحرز الذي في الحصن ولا السلطان
الحادي في السفن فاورث ذلك شبهة في الاجانب لاتحاد السبب وهو قطع الطريق وكان
الجصاص يقول جواب الكتاب محمول على ما اذا كان الماخوذ مشتركا بين المقطوع عليهم وفي القطاع
من هو ذو رحم محرم من احدهم فاما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرز يجب الحد على الباقين
وجواب الكتاب مطلق عن هذا التفصيل فصل واما الذي يرجع الى المقطوع له فما ذكرنا
في كتاب السرقة وهو ان يكون الماخوذ مالا متقوما معصوما ليس له فيه حق الاخذ
ولا تاويل التناول ولا تهمة التناول مملوكا لا ملك فيه للقاطع ولا تاويل الملك ولا شبهة الملك
محرزا مطلقا بالحافظ ليس فيه شبهة العدم نصابا كاملا عشرة دراهم او مقدارها حتى لو كان المال
الماخوذ لا يصيب كل واحد من القطاع عشرة لا حد على احد وقد ذكرنا دلايل هذه الشرايط والمسايل
التي تخرج عليها في كتاب السرقة وشرط الحسن بن زياد في نصاب قطع الطريق ان يكون عشرين فصاعدا
وقال عيسى بن ابان ان قتلوا قتلوا وان كان ما اخذ كل واحد منهم اقل من عشرة وجه قول
ابي الحسن ان الشرع قدر نصاب السرقة بالعشرة والواجب فيها قطع طرف واحد
وهاهنا يقطع طرفان فيشترط نصابان وذلك عشرون وجه قول عيسى انا اجمعنا
على انه لو قتلوا ولم ياخذوا المال اصلا قتلوا فاذا اخذوا شيئا من المال وان قل اولى
ان يقتلوا ولنا الفرق بين النوعين وهو انهم لما قتلوا ولم ياخذوا المال اصلا علم
ان مقصودهم القتل لا المال والقتل جناية متكاملة في نفسها فيجازى بعقوبة متكاملة
ومتى قتلوا واخذوا المال وقتلوا دل ان مقصودهم المال وانما قتلوا ليتمكنوا من اخذ
المال واخذ المال لا يتكامل جناية الا اذا كان الماخوذ نصابا كما في السرقة والله اعلم
فصل واما الذي يرجع الى المقطوع فيه وهو المكان فنوعان احدهما ان يكون
قطع الطريق في دار الاسلام وان كان في دار الحرب لا يجب الحد لان المتولي لاقامة
الحد هو الامام وليس له ولاية في دار الحرب فلا يقدر على الاقامة فالسبب حين وجوده
لم ينعقد سببا للوجوب لعدم الولاية فلا يستوفيه في دار الاسلام ولهذا لا يستوفي
ساير الحدود في دار الاسلام اذا وجد اسبابها في دار الحرب كذا هذا والثاني ان
يكون في غير مصر فان كان في مصر لا يجب الحد سواء كان القطع نهارا او ليلا وسواء كان
بسلاح او غيره وهذا استحسان وهو قول ابي حنيفة ومحمد والقياس ان يجب وهو قول
ابي يوسف وجه القياس ان سبب الوجوب قد تحقق وهو قطع الطريق فيجب الحد كما لو
كان في غير مصر وجه الاستحسان ان القطع لا يحصل بدون الانقطاع والطريق لا ينقطع
في الامصار وفيما بين القرى لان المارة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب وقيل
انما اجاب ابو حنيفة على ما شاهده في زمانه لان اهل الامصار كانوا يحملون السلاح فالقطاع
ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم في المصر والان ترك الناس هذه العادة فتمكنهم المغالبة
فيجري عليهم الحد وعلى هذا قال ابو حنيفة فيمن قطع الطريق بين الحيرة والكوفة انه لا يجري
عليه الحد لان الغوث كان يلحق هذا الموضع في زمانه لاتصاله بالمصر والان صار برية
فلا يلحق الغوث فيتحقق قطع الطريق والثالث ان لا يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر
فان كان اقل من ذلك لم يكونوا قطاع الطريق وعلى هذا فاما على قول ابي يوسف
فليس بشرط ويكونوا قطاع الطريق والوجه ما بينا فيجب الحدود روي عن ابي يوسف

في قطاع الطريق في المصر فانهم ان قاتلوا نهارا بسلاح يقام عليهم الحد وان خرجوا بخشب
لهم يقام عليهم لان السلاح لا يلبث ولا يلحق الغوث والخشب يلبث فالغوث يلحق
وان قاتلوا ليلا بسلاح او خشب يقام عليهم الحد لان الغوث قلما يلحق بالليل فيستوي
فيه السلاح وغيره والله اعلم **ولو شهر** على رجل سلاحا نهارا او ليلا في غير مصر او في
مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه وكذلك ان شهر عليه عصا ليلا في غير مصر
او في مصر وان كان نهارا في مصر فقتله المشهور عليه يقتل به والاصل في هذا ان من قصد
قتل انسان لا ينهدر دمه ولكن ينظر ان كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون
القتل لا يباح له القتل وان كان لا يمكنه الدفع الا بالقتل يباح له القتل لانه من ضرورات
الدفع فاذا شهر عليه سيفه يباح له ان يقتله لانه لا يقدر على الدفع الا بالقتل من
ضرورات الدفع فيباح قتله الا ترى انه لو استغاث الناس لقتله قبل ان يلحقه الغوث
اذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله فاذا قتله فقد قتل
شخصا مباح الدم فلا شيء عليه وكذلك اذا شهر عليه العصا ليلا لان الغوث لا يلحق
بالليالي عادة سواء كان في المفازة او في المصر وان شهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله
لانه يمكنه دفع شره بالاستغاثة بالناس وان كان في المفازة يباح قتله لانه لا يمكنه الاستغاثة
فلا يندفع شره بالاستغاثة بالناس الا بالقتل فيباح له القتل وروي ابو يوسف
عن ابي حنيفة انه لو قصد قتله بما لو قتله به لوجب عليه القصاص فقتله المقصود قتله
لا يجب القصاص لانه يباح قتله اذ لو لم يبح لقتله القاصد واذا قتله يقتل به قصاصا
فكان فيه اتلاف نفسين واذا ابيح قتله كان فيه اتلاف احدهما فكان اهون ولو قصد
قتله بما لو قتله به لكان لا يجب القصاص لا يباح للمقصود قتله ان يقتل القاصد فان
قتله يجب عليه القصاص لانه ليس في ترك الاجابة ههنا اتلاف نفس فلا يباح واذا
قتله فقد قتل شخصا معصوم الدم على الابد فيجب القصاص والله اعلم

فصل

واما بيان ما يظهر به القطع عند القاضي فالذي يظهر به البينة او الاقرار عقيب
خصومة صحيحة ولا يظهر بعلم القاضي على ما ذكرنا في كتاب السرقة

فصل

واما حكم قطع الطريق فله حكمان احدهما يتعلق بالنفس والاخر يتعلق بالمال اما الذي يتعلق
بالنفس فهو وجوب الحد والكلام في هذا الحكم في مواضع في بيان اصل هذا الحكم وفي بيان
صفاته وفي بيان محل اقامته وفي بيان من يقيمه وفي بيان ما يسقط بعد الوجوب وفي بيان
حكم السقوط بعد الوجوب او عدم الثبوت لمانع **اما اصل** الحكم الذي يتعلق بالنفس
فلا يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة انواع قطع الطريق لانه يختلف باختلاف
انواعه فنقول وبالله التوفيق **قطع الطريق** اربعة انواع اما ان يكون باخذ المال
لا غير واما ان يكون بالقتل لا غير واما ان يكون بهما جميعا واما ان يكون بالتخويف
من غير اخذ ولا قتل فمن اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل ولم
ياخذ المال قتل ومن اخذ المال وقتل قال ابو حنيفة رحمه الله الامام بالخيار ان شاء
قطع يده ورجله ثم قتله او صلبه وان شاء لم يقطعه وقتله او صلبه وقيل ان تفسير الجمع بين
القطع والقتل عند ابي حنيفة هو ان يقطعه الامام ولا يحسم موضع القطع بل يتركه حتى
يموت وقال ابو يوسف ومحمد يقتل ولا يقطع ومن اخاف ولم ياخذ مالا ولا قتل نفسا

ينفي وقال مالك في قاطع الطريق مخير بين الاجزية المذكورة والاصل فيه قوله
تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا
او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض احتج مالك
بظاهر الاية وهو ان الله تعالى ذكر الاجزية فيها باو واو للتخيير كما في كفارة
اليمين وكفارة جزاء الصيد فيجب العمل بحقيقة هذا الحرف الا حيث قام الدليل
بخلافها ولنا انه لا يمكن اجراء الاية على ظاهر التخيير في مطلق المحارب لان الجزاء
على قدر الجناية يزداد بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها **هذا** هو مقتضى العقل
والسمع ايضا قال الله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها فالتخيير في الجناية القاصرة
بالجزاء الذي هو جزاء في الجناية الكاملة وفي الجناية الكاملة بالجزاء الذي هو جزاء
في الجناية القاصرة خلاف المشروع بخلاف ذلك ان الامة اجمعت على ان القاطع
لو اخذ المال وقتل لا يجازى بالنفي وحده وان كان ظاهر الاية يقتضي التخيير بين الاجزية
الاربع دل انه لا يمكن العمل بظاهر التخيير على ان التخيير الوارد في الاحكام المختلفة من
حيث الصورة بحرف التخيير انما يجري على ظاهره اذا كان سبب الوجوب واحدا كما في
كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد اما اذا كان مختلفا فيخرج مخرج بيان الحكم لكل في نفسه
كما في قوله تعالى يا ذا القرنين اما ان تعذب واما ان تتخذ فيهم حسنا ان ذلك ليس
للتخيير بين المذكورين بل لبيان الحكم لكل في نفسه لاختلاف سبب الوجوب وتاويله اما ان
تعذب من ظلم او تتخذ الحسن فيمن امن وعمل صالحا الا ترى الى قوله قال اما من ظلم فسوف
نعذبه الاية واما من امن وعمل صالحا فله جزاء الحسنى الاية وقطع الطريق متنوع في نفسه
وان كان متحدا من حيث الذات قد يكون باخذ المال وحده وقد يكون بالقتل لا غير وقد
يكون بالجمع بين الامرين وقد يكون بالتخويف لا غير فكان سبب الوجوب مختلفا فلا يحمل على
التخيير بل على بيان الحكم لكل نوع او يحتمل هذا ويحتمل ما ذكرتم فلا يكون حجة مع الاحتمال واذا
لم يمكن صرف الاية الى ظاهر التخيير في مطلق المحارب فاما ان يحمل على الترتيب ويضمر في كل حكم
مذكور من الانواع قطع الطريق كانه قال انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون
في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا ان اخذوا المال وقتلوا او تقطع ايديهم وارجلهم
من خلاف ان اخذوا المال لا غير او ينفوا من الارض ان اخافوا هكذا ذكر جبريل لرسول الله
صلى الله عليه وسلم لما قطع ابو بردة باصحابه الطريق على اناس جاؤوا يريدون الاسلام ان من قتل
قتل ومن اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل واخذ المال صلب ومن جاء
مسلما هدم الاسلام ما كان قبله من الشرك والى هذا التاويل يذهب عبد الله بن عباس رضي
الله عنهما وابراهيم النخعي رحمه الله واما ان يعمل بظاهر التخيير بين الاجزية الثلاثة لكن في محارب
خاص وهو الذي اخذ المال وقتل فكان العمل بظاهر التخيير على هذا الوجه اقرب من ظاهر الاية لان
الله تعالى جمع بين القتل وقطع الطريق في الذكر بقوله انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله
ويسعون في الارض فسادا فالمحاربة هي القتل والفساد في الارض هو قطع الطريق فاوجب
احد الاجزية بما ذكر من الفعلين وفيه عمل بحقيقة حرف التخيير وعمل بحقيقة ما اضيف اليه
الجزاء وهو ما ذكر من المحاربة والسعي في الارض بالفساد فكان اقرب الى ظاهر الاية والى هذا
التاويل يذهب الحسن بن سعد بن المسيب ومجاهد وغيرهم ثم ابو يوسف ومحمد اخذا بالتاويل الاول

وهو تاويل الترتيب في المحارب اذا اخذ المال وقيل انه يقتل لا غير لان جبريل صلوات الله
عليه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ما روي حد قطاع الطريق لم يعرف الا بهذا النص ولان
اخذ المال والقتل جناية واحدة وهي جناية قطع الطريق فلا يقابل الا بعقوبة واحدة والقتل
والقطع عقوبتان على حدة ان كانتا جنايتين يجب بكل واحدة منهما جزاء عند الانفراد حقا لله
تعالى لكنهما اذا اجتمعا يدخل ما دون النفس في النفس كالسارق اذا زنى وهو محصن ولمن زنى
وهو غير محصن ثم احصن فزنى انه يرجم لا غير كذا هاهنا ولانه لا فائدة في اقامة القطع لان ما
هو المقصود من الحد وهو الزجر وما هو غير مقصود به وهو التكفير يحصل بالقتل وحده فلا
يفيد القطع فلا يشرع وابو حنيفة رحمه الله اخذ بالتاويل الثاني وهو التخيير بين الاجزية الثلاثة
في المحارب الذي جمع بين اخذ المال والقتل وهو احق التاويلين للاية لما ذكرنا ان فيه عملا بحقيقة
حرف التخيير وبحقيقة ما اضيف اليه الجزاء وهو المحاربة والسعي في الارض بالفساد فكان اقرب
الى ظاهر الاية وانما عرفنا حكم اخذ المال وحده وحكم القتل وحده لا بهذه الاية ولكن بحديث
جبريل صلوات الله عليه او بغيره او بالاستدلال بحالة الاجماع وهو انه لما وجب الجمع بين الموجبين
عند وجود القطعين يجب القول بانفراد كل واحد منهما عند الانفراد ويمكن ان يقال ان يقول
في تاويل الاية بالترتيب فيوجب الصلب بظاهر الاية والقطع بالاستدلال بحالة الانفراد لانه
يجب على كل واحد منهما فعند الاجتماع يجب ان يجمع الا انه في بعض المواضع قام دليل اسقاط الاخف
ولم يقم هاهنا بل قام دليل الوجوب لان مبنى هذا الباب على التغليظ الا ترى انه يجمع بين قطع اليد
والرجل في اخذ المال ولا يجمع بينهما في اخذ المال في المصر وكذلك يصلب في القتل وحده هاهنا
ولم يجب ان يصلب في غيره من القتل في المصر فكذا جاز ان يجمع بين الموجبين عند مباشرة النوعين
هاهنا دون سائر المواضع واما كيفية الصلب فقد روي عن ابي يوسف انه يصلب حيا ثم
يطعن برمح حتى يموت وكذا ذكر الكرخي وعن ابي عبيد انه يقتل ثم يصلب وكذا ذكر الطحاوي
لان الصلب حيا من باب المثلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة والصحيح هو الاول لان
الصلب في هذا الباب شرع لزيادة في العقوبة تغليظا والميت ليس من اهل العقوبة ولانه لو جاز
ان يقال يصلب بعد الموت لجاز ان يقال تقطع يده ورجله من خلاف بعد الموت وذلك بعيد فكذا
هذا والمراد من المثلة في الحديث قطع بعض الجوارح كذا قال محمد رحمه الله وقيل اذا صلبه الامام تركه
ثلاثة ايام عبرة للخلق ثم يخلى بينه وبين اهله لانه بعد الثلاث يتغير فيتضرر به الناس واما النفي
في قوله تعالى او ينفوا من الارض فقد اختلف اهل التاويل فيه قال بعضهم المراد منه وينفوا من الارض
بحذف الالف ومعناه وينفوا من الارض بالقتل والصلب اذ هو النفي من وجه الارض حقيقة وهذا
على قول من تاول الاية في المحارب الذي اخذ المال وقتل لان الامام يكون مخيرا بين الاجزية الثلاثة
والنفي من الارض ليس غير واحد من هذه الثلاثة لانه بالقتل والصلب يحصل النفي فكذا لا يجوز ان
يجعل النفي مشاركا للاجزية الثلاثة في التخيير لانه لا يزاحم القتل لانه دونه بكثير وقيل يعزر ان
يطرد حتى يخرج من دار الاسلام وهو قول الحسن وعن ابراهيم النخعي في رواية ان نفيه طلبه وبه اخذ
الشافعي ان يطلب في كل بلد والقولان لا يصحان لانه ان طلب في البلد الذي قطع الطريق وبقي
عن فقد النفي ضرره الى بلد اخر وان طلب في كل بلد من بلاد الاسلام ونفي عنه يدخل دار الحرب
وفيه تعريض له على الكفر وجعله حربا لنا وهذا لا يجوز وعن ابراهيم في رواية اخرى انه يحبس
حتى يحدث به توبة ونفي عن وجه الارض مع قيام الحياة الا عن الموضع الذي حبس فيه ومثل هذا في

عرف

عرف الناس يسمى نفيا عن وجه الارض وخروجا عن الدنيا كما انشد لبعض المحبوسين

خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها * فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى
اذا جاءنا السجان يوما لحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

فصل واما صفات هذا الحكم فانواع منها انه
ينفي وجوب الضمان المال والجراحات عمدا كانت الجراحة او خطا اما المال فلانه لا يجمع بين الحد
والضمان عندنا واما الجراحات اذا كانت خطا فلانها توجب المال وان كانت عمدا فلان الجناية
فيما دون النفس يسلك بها مسلك الاموال ولا يجب ضمان المال فكذا ضمان الجراحات وقد ذكرنا
ما يتعلق من المسائل بهذا الاصل في كتاب السرقة **ومنها** انه يجري فيه التداخل حتى لو قطع
قطعات فدفع في بعضها فقطعت يده ورجله فيما دفع فيه كان ذلك للقطعات كلها كما في السرقة
الا ان ثمة التداخل لاحتمال عدم الفائدة مع بقاء محل القطع وهو الرجل اليسرى وهاهنا التداخل
لعدم المحل **والكلام** في الضمان فيما لم يخاصم فيه هو الكلام في السرقة انه ان كان المال بيده رده وان كان
هالكا فعلى الاختلاف الذي ذكرنا في كتاب السرقة **ومنها** انه لا يحتمل العفو والاسقاط
والابراء والصلح عنه فكل ما وجب على قاطع الطريق من قتل او قطع او صلب يستوي فيه سواء عفا
الاولياء وارباب الاموال عن ذلك او لم يعفوا وسواء ابرءوا او امروا او صالحوا عليه وليس للامام ايضا
اذا ثبت ذلك عنده تركه واسقاطه والعفو عنه لان الواجب حد والحدود حقوق الله تعالى
فلا تحتمل العفو ولا الصلح ولا الابراء عنها **فصل** واما محل اقامة هذا الحكم فنقول
محل اقامة هذا الحكم يختلف باختلاف الحكم فان كان الحكم هو القتل بان قتل او اخذ المال
وقتل او الحبس بان لم ياخذ المال ولم يقتل ولكن خوف لا غير فمحل اقامته النفس وان كان الحكم
هو القطع بان اخذ المال لا غير فمحل اقامته اليد اليمنى والرجل اليسرى لقوله تعالى
او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف ويعتبر في ذلك سلامة اليد اليسرى والرجل اليمنى على ما ذكرنا
في كتاب السرقة وكذلك حكم فعل الحداد اذا قطع اليد اليسرى مكان اليمنى متعمدا او مخطئا
وحكم فعل الاجنبي اذا قطع اليد اليسرى خطا او عمدا هاهنا مثل الحكم في السرقة وقد استوفينا
الكلام فيه في كتاب السرقة وكذا محل القطع من اليد اليمنى هو المفصل كما في السرقة والله اعلم
فصل واما بيان من يقيم هذا الحكم فالذي يقيمه الامام او من ولاه الامام الاقامة ليس الى
الاولياء ولا الى ارباب الاموال شيء بل يقيمه الامام طالب الاولياء وارباب الاموال بالاقامة
او لم يطالبوا وهذا عندنا وعند الشافعي المولى يملك اقامة الحد على مملوكه من غير تولية الامام
والكلام في هذا الفصل على الاستقصاء نذكره في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى **فصل**
واما بيان ما يسقط هذا الحكم بعد وجوبه فالمسقط له بعد الوجوب اشياء ذكرناها في كتاب
السرقة منها تكذيب المقطوع عليه القاطع في اقراره بقطع الطريق انه لم يقطع عليه الطريق ومنها
رجوع القاطع عن اقراره بقطع الطريق ومنها تكذيب المقطوع عليه البينة ومنها ملك القاطع
المقطوع له وهو المال قبل الترافع او بعده على التفصيل والاختلاف الذي ذكرنا في كتاب
السرقة **ومنها** توبة القاطع قبل ان يقدر عليه لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان
تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم اي رجعوا عما فعلوا فندموا على ذلك وعزموا على ان لا
يفعلوا مثله في المستقبل فدلت هذه الاية على ان قاطع الطريق اذا تاب قبل ان يظفر به يسقط
عنه الحد وتوبته برد المال على صاحبه ان كان اخذ المال لا غير مع العزم على ان لا يفعل مثله
في المستقبل ويسقط عنه القطع اصلا ويسقط عنه القتل حدا وكذلك اذا اخذ المال وقتل

حتى لم يكن للامام ان يقتله ولكن يدفعه الى اوليا القتيل ليقتلوه قصاصا ان كان القتل
بسلاح على ما نذكر وان كان لم ياخذ المال ولم يقتل فتوبته الندم على ما فعل والعزم على ترك
مثله في المستقبل وهو ان ياتي الامام عن طوع واختيار ويظهر التوبة عنده ويسقط عنه
الحبس لان الحبس للتوبة وقد تاب فلا معنى للحبس وكذلك السرقة الصغرى اذا تاب السارق
قبل ان يظفر به ورد المال الى صاحبه سقط عنه القطع بخلاف ساير الحدود انها لا تسقط
بالتوبة والفرق ان الخصومة شرط في السرقة الصغرى والكبرى لان محل الجناية خالص
حق العباد والخصومة تنتهي بالتوبة والتوبة تمامها برد المال الى صاحبه فاذا وصل المال الى
صاحبه لم يبق له الخصومة مع السارق بخلاف ساير الحدود فان الخصومة فيها ليست بشرط
فعدمها لا يمنع من اقامة الحد وفي حد القذف ان كانت شرطا لكنها لا تبطل بالتوبة لان بطلانها
برد المال الى صاحبه ولم يوجد وقد روي عن علي رضي الله عنه انه كتب اليه عامله بالبصرة ان
حارثة بن زيد حارب الله ورسوله وسعى في الارض فسادا فكتب اليه علي رضي الله عنه
ان حارثة قد تاب قبل ان يقدر عليه فلا يتعرض له الا بخير **هذا** اذا تاب قاطع الطريق
قبل القدرة عليه فاما اذا تاب بعد ما قدر عليه بان اخذ ثم تاب لا يسقط عنه الحد لان التوبة
عن السرقة اذا اخذ المال برد المال على صاحبه وبعد الاخذ لا يكون رد المال بل يكون استردادا
منه جبرا فلا يسقط الحد واذا لم ياخذ المال فهو بعد الاخذ متهم في اظهار التوبة فلا يتحقق
توبته **فصل** واما حكم سقوط الحد بعد الوجوب وحكم عدم الوجوب لمانع فنقول
وبالله التوفيق اذا سقط الحد بعد التوبة قبل ان يقدر عليهم فان كانوا اخذوا المال لا غير
ردوه على صاحبه ان كان قايما وان كان هالكا او مستهلكا فعليهم الضمان وان كانوا قتلوا
لا غير يدفع من قتل منهم بسلاح الى الاولياء ليقتلوه او يعفوا عنه ومن قتل بعصا او حجر فعلى
عاقلته الدية لورثة المقتول وان كانوا اخذوا المال وقتلوا فالحكم في اخذ المال والقتل عند
الاجتماع ما هو حكمهما عند الانفراد وقد ذكرناه وانما كان كذلك لان الحد اذا سقط بالتوبة
قبل القدرة صار حكم القتل واخذ المال وهلاكه واستهلاكه ما هو حكمها في غير قطع الطريق
وحكمها في غير قطع الطريق ما قلنا وان كانوا اخذوا المال وجرحوا او اخذوا المال وقتلوا
او جرحوا فقوما ولم يكن منهم اخذ ولا قتل والارش فيما لا يقدر عليه لانه عند سقوط الحد صار
كان الجراحات حصلت من غير قطع الطريق ولو كان كذلك كان حكمه ما ذكرنا هذا ولذلك ان
قدر عليه قبل التوبة ولم يكن منهم قتل ولا اخذ مال وقد اصابوا جراحات يجب القصاص
فيما يستطاع فيه القصاص والدية فيما لا يستطاع فيه دون السجن لان الحبس وجب عليهم تعزيرا
لا حدا والتعزير لا يدخل فيه بخلاف ما اذا قدر عليهم قبل التوبة وقد قتلوا او اخذوا المال او
جمعوا بينهما لان الواجب فيه الحد فيدخل فيه الجراحة وكذلك اذا سقط الحد بالرجوع عن
الاقرار لان الرجوع عن الاقرار يصح في حق سقوط الحد اما لا يصح في ضمان حق الضمان المال والقصاص
فبقي اقراره معتبرا في حقهما **واما اذا** كان السقوط بتكذيب الحجة من الاقرار والبينة
لا شي عليه لان سبب الوجوب لم يثبت لان ثبوته بالحجة وقد بطلت اصلا وراسا بخلاف
الرجوع عن الاقرار لان الاصل ان اقرار المرء حجة في حقه الا انه تعذر اعتباره بعد الرجوع
في حق الحد درا للحد بالشبهة فبقي معتبرا في حق ضمان المال والقصاص فهو الفرق وعلى هذا
حكم عدم الوجوب لمانع بان فات شرط من شرايط وجوب الحد نحو نقصان النصاب بان كان

الماخوذ

الماخوذ من المال لا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم فيردونه ان كان قايما ويضمنون
ان كان هالكا او مستهلكا ومن قتل منهم فان كان بسلاح فعليه القصاص وان كان بعصا او حجر
فعلى عاقلته الدية ومن جرح يقتص فيما يمكن القصاص وفيما لا يمكن يجب الارش لما ذكرنا ان الحد
اذا امتنع وجوبه فقد حصل الاخذ والقتل والجراحة من غير قطاع الطريق وحكمها في غير قطع
الطريق ما قلنا وكذلك اذا كان في المحاربين صبي او مجنون حتى امتنع وجوب الحد فمن كان عاقلا
بالغا قتل منهم بسلاح الى الاولياء فيقتلون او يعفون وان كان الذي ولي القتل منهم صبي او مجنون
فعلى عاقلته الدية وان قتل بسلاح لان الصبي والمجنون ليسا من اهل وجوب القصاص عليهما فكان
عمدهما خطا وان كانا اخذا المال ضمنا لانهما من اهل وجوب ضمان المال وكذلك اذا امتنع
وجوب الحد على القطاع لمعنى من المعاني رجعوا في ذلك الى حكم غير القطاع والله اعلم **فصل**
واما الحكم الذي يتعلق بالمال فهو وجوب الرد ان كان قايما بعينه ولصاحبه ان ياخذه اينما
وجده سوا وجده في يد المحارب او في يد من ملكه المحارب ببيع او هبة او غير ذلك ولو تغير المال
الى الزيادة او النقصان فقد ذكرنا حكمه في كتاب السرقة والله اعلم بالصواب

كتاب الحدود

جمع محمد رحمه الله بين مسايل الحدود وبين مسايل التعزير
وبدا بمسايل الحدود فنبدا بما بدا به فنقول وبالله التوفيق الكلام في الحدود في مواضع في
بيان معنى الحد لغة وشرعا وفي بيان اسباب وجوب الحد وشرايط وجوبها وفي بيان ما يظهر به
وجوبها عند القاضي وفي بيان صفاتها وفي بيان مقدار الواجب منها وفي بيان شرايط
جواز اقامتها وفي بيان كيفية اقامتها وموضع الاقامة وفي بيان ما يسقطها بعد الوجوب
وفي بيان حكمها اذا اجتمعت وفي بيان حكم الحدود اما الاول فالحد في اللغة عبارة عن
المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وفي الشرع عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة
حقا لله تعالى بخلاف التعزير فانه ليس بمقدر قد يكون بالضرب وقد يكون بالحبس وقد يكون
بغيرهما وبخلاف القصاص فانه وان كان عقوبة مقدرة لكنه يجب حقا للعبد حتى يجري
فيه العفو والصلح سمي هذا النوع من العقوبة حدا لانه يمنع صاحبه اذا لم يكن متلفا وغيره بالمشاهدة
ويمنع من يشاهد ذلك ويعاينه اذا لم يكن متلفا لانه يتصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو باشر
تلك الجناية فيمنعه ذلك عن المباشرة **فصل** واما بيان اسباب وجوبها فلا يمكن الوصول
اليه الا بعد معرفة انواعها لان سبب وجوب كل نوع يختلف باختلاف النوع فنقول الحدود
خمسة انواع حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب وحد السكر وحد القذف **اما** حد
السرقة فسبب وجوبه السرقة وقد ذكرنا ركن السرقة وشرايط الركن في كتاب السرقة
واما الزنا فنوعان جلد ورجم وسبب وجوب كل واحد منهما واحد وهو الزنا وانما يختلفان
في الشرط وهو الاحصان فالاحصان شرط لوجوب الرجم وليس بشرط لوجوب الجلد فلا بد
من معرفة الزنا والاحصان في عرف الشرع اما الزنا فهو اسم للوطي الحرام في قبل المراة الحية في حالة
الاختيار في دار العدل ممن التزم احكام الاسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق
الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعا
والاصل في اعتبار الشبهة في هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود
بالشبهات ولان الحد عقوبة متكاملة فتستدعي جناية متكاملة والوطي في القبل في غير ملك ولا نكاح
لا يتكامل جناية الا عند انتفا الشبهة كلها **اذا عرف** الزنا في عرف الشرع فيخرج عليه بعض المسايل

فيقول الصبي والمجنون اذا وطي امراة اجنبية لا حد عليه لان فعلهما لا يوصف بالحرمة فلا يكون
الوطي منهما زنا فلا حد على المراة اذا طاوعته عند اصحابنا الثلثة وقال زفر والشافعي يجب الحد
ولا خلاف في ان العاقل البالغ اذا زنا بصبية او مجنونة ان عليه الحد ولا حد عليهما ان المانع
من وقوع الفعل زنا خص احد الجانبين فيختص به المنع كالعاقل البالغ اذا زنا بصبية او مجنونة
انه يجب عليه الحد وان كان لا يجب عليها لما قلنا كذا هذا **ولنا** ان وجوب الحد على المراة في
باب الزنا ليس لكونها زانية لان فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطي لانها موطوءة وليست بواطية
وتسميتها زانية في الكتاب العزيز مجاز لا حقيقة وانما وجب عليها لكونها مزنيا بها وفعل الصبي
والمجنون ليس بزنا فلا تكون هي مزنيا بها فلا يجب عليها الحد وفعل الزنا يتحقق من العاقل
البالغ فكانت الصبية او المجنونة مزنيا بها الا ان الحد لم يجب عليها لعدم الاهلية والاهلية
ثابتة في جانب الرجل فيجب وكذلك الوطي في الدبر في الانثى او الذكر لا يوجب الحد عند ابي حنيفة
رحمه الله وان كان حراما لعدم الوطي في القبل فلم يكن زنا وعند ابي يوسف والشافعي يوجب
الحد وهو الرجم ان كان محصنا والجلد ان كان غير محصن لا لانه زنا بل لانه في معنى الزنا لمشاركة
الزنا في المعنى المستدعي لوجوب الحد وهو الوطي الحرام على وجه التمحض فكان في معنى الزنا فورود
النص بايجاب الحد هناك يكون ورودا ههنا دلالة ولابي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان
اللواطة ليست بزنا لما ذكرنا ان الزنا اسم للوطي في قبل المراة الا ترى انه يستقيم ان يقال
لاط وما زنا وزنا وما لاط ويقال فلان لوطي وفلان زان وكذا يختلفان اسما واختلاف
الاسامي دليل اختلاف المعاني في الاصل ولهذا اختلف الصحابة رضي الله عنهم في حد هذا
الفعل ولو كان زنا لم يكن لاختلافهم معنى لان موجب الزنا كان معلوما لهم بالنص فثبت
انه ليس بزنا ولا في معنى الزنا ايضا لما في الزنا من اشتباه الانساب وتضييع الولد ولم يوجد
ذلك في هذا الفعل انما فيه تضييع الماء المهين الذي يباح مثله بالعزل وكذا ليس في معناه
فيما شرع له الحد وهو الزجر لان الحاجة الى شرع الزاجر فيما يغلب وجوده ولا يغلب
وجود هذا الفعل لان وجوده يتعلق باختيار شخصين ولا اختيار الا لداع يدعو اليه
ولا داعي في جانب المحل اصلا وفي الزنا وجد الداعي من الجانبين جميعا وهو الشهوة المركبة
فيهما جميعا فلم يكن في معنى الزنا فورود النص هناك لا يكون ورودا ههنا وكذا اختلاف
اجتهاد الصحابة رضوان الله عليهم دليل على ان الموجب لهذا الفعل هو التعزير لوجهين احدهما
ان التعزير هو الذي يحتمل الاختلاف في القدر والصفة لا الحد **والثاني** انه لا مجال للاجتهاد
في الحد بل لا يعرف الا بالتوقيف وللاجتهاد مجال في التعزير وكذا وطي المراة الميتة لا يوجب
الحد ويوجب التعزير لعدم وطي المراة الحية وكذا وطي البهيمة وان كان حراما لانعدام الوطي في
قبل المراة فلم يكن زنا ثم ان كانت البهيمة ملك الواطي قيل انها تذبح ولا تؤكل ولا رواية فيه عن
اصحابنا رحمهم الله لكن روي عن محمد عن عمر رضي الله عنه انه لم يحد واطي البهيمة وامر بالبهيمة حتى
احرقت بالنار وكذلك الوطي عن اكراه لا يوجب الحد وكذلك الوطي في دار الحرب وفي دار
البغي لا يوجب الحد حتى ان من زنا في دار الحرب او دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد
لان الزنا لم ينعقد سببا لوجوب الحد حين وجوده لعدم الولاية فلا يستوفى بعد ذلك
وكذلك الحربي المستامن اذا زنى بمسلمة او ذمية او ذمي زنا بحربية مستامنة لا حد على الحربي
والحربية عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يحد **وجه قوله** انه لما دخل دار

الاسلام

الاسلام فقد التزم احكام الاسلام مدة اقامته فيها فصار كالذمي ولهذا يقام عليه حد
القذف كما يقام على الذمي **ولهما** انه لم يدخل دار الاسلام على سبيل الاقامة والتوطن بل على سبيل
العادة ليعاملنا ونعامله ثم يعود فلم يكن دخوله دار الاسلام دلالة التزام حق الله تعالى خالصا
بخلاف حد القذف لانه لما طلب الامان من المسلمين فقد التزم امانهم عن الايذاء بنفسه فظهر
حكم الاسلام في حقه ثم يحد المسلمة والذمية عند ابي حنيفة وعند محمد لا يحد ويحد الذمي بلا
خلاف وجه قول محمد ان الاصل فعل الرجل وفعلها تبع فلما لم يجب على الاصل لا يجب على التابع كالمطاوعة
للصبي والمجنون **وجه قول** ابي حنيفة ان فعل الحربي حرام محض الا انه لم يواخذ به فكان زنا
فكانت هي مزنيا بها الا ان الحد لم يجب على الرجل لعدم التزامه احكامنا وهذا امر يخصه ويحد الذمي
لانه بالذمة والعهد التزم احكام الاسلام مطلقا الا بقدر ما وقع الاستثناء له ولم يوجد ههنا
وكذلك وطي الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة والموطوءة لشبهة والتي ظاهر منها او آلى منها
لا يوجب الحد وان كان حراما لقيام الملك او النكاح فلم يكن زنا وكذلك وطي الجارية
المشتركة والمجوسية والمرتدة والمكاتبة والمحرمة برضاع او صهرية او جمع لقيام الملك وان
كان حراما وعلم بالحرمة وكذلك وطي الاب جارية الابن لا يوجب الحد وان علم بالحرمة لان له
في مال ابنه شبهة الملك وهو الملك من وجه او حق الملك لقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك
فظاهره اضافة مال الابن الى الاب بحرف اللام يقتضي حقيقة الملك فلئن تقاعد عن افادة
الحقيقة فلا يتقاعد عن اثبات الشبهة او حق الملك وكذا وطي المولى جارية المكاتب لان المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم فكان مملوك المولى رقبة وملك الرقبة يقتضي ملك الكسب فان لم
يثبت مقتضاه حقيقة فلا اقل من الشبهة وكذلك وطي جارية العبد الماذون سواء كان عليه
دين او لم يكن اما اذا لم يكن عليه دين فظاهر لانها ملك المولى وكذلك ان كان عليه دين لان
رقبة الماذون ملك المولى وملك الرقبة يقتضي ملك الكسب كما في جارية المكاتب بل اولى
لان كسب الماذون اقرب الى المولى من كسب المكاتب فلما لم يجب الحد هناك فههنا اولى ولان
هذا الملك محل الاجتهاد لان العلماء اختلفوا فيه واختلافهم يورث شبهة فاشبه وطيا حصل في
نكاح هو محل الاجتهاد وذا لا يوجب الحد كذا هذا وكذلك وطي الجد اب الاب وان علا عند عدم
الاب لان له ولاية الاب لان له ولادا فينزل منزلة الاب وكذلك الرجل من الغانمين اذا وطي جارية
من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز بدار الاسلام او قبله لا حد عليه وان علم ان وطيها عليه حرام
لثبوت الحق له بالاستيلاء لانعقاد سبب الثبوت فان لم يثبت فلا اقل من ثبوت الحق فيورث
شبهة ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك
في المحل اما من كل وجه واما من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وانه يكفي لسقوط الحد
ولا يكفي لثبوت النسب وكذلك وطي امراة تزوجها بغير شهود او بغير ولي عند من لا يجيزه لا يوجب
الحد لان العلماء اختلفوا فمنهم من قال يجوز النكاح بدون الشهادة والولاية فاختلافهم يورث
شبهة وكذلك اذا تزوج معتدة الغير او مجوسية او مرتدة او امة على حرة او امة بغير اذن مولاها
او العبد تزوج امراة بغير اذن مولاه فوطيها لا حد عليه لوجود لفظ النكاح من الاهل في المحل
وانه يوجب شبهة وكذلك اذا نكح محارمه او الخامسة او اخت امراته فوطيها لا حد عليه عند ابي
حنيفة رحمه الله وان علم بالحرمة وعليه التعزير وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد
والاصل عند ابي حنيفة رحمه الله ان النكاح اذا وجد من الاهل مضافا الى محل قابل لمقاصد

لمقاصد النكاح يمنع وجوب الحد سواء كان حلالا او حراما وسواء كان التحريم مختلفا فيه
او مجمعا عليه وسواء ظن الحل فادعى الاشتباه او علم بالحرمة والاصل عند ابي يوسف ومحمد
ان النكاح اذا كان محرما على التابيد او كان تحريمه مجمعا عليه يجب الحد وان لم يكن محرما على التابيد
او كان تحريمه مختلفا فيه لا يجب عليه **وجه قولهما** ان هذا نكاح اضيف الى غير محله فيلغو ودليل
عدم المحلية ان محل النكاح هي المراة المحللة لقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم والمحارم محرمات
على التابيد لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الاية الا انه اذا ادعى الاشتباه
وقال ظننت انها تحل لي يسقط الحد لانه ظن ان صيغة لفظ النكاح من الاهل في المحل دليل الحل
فاعتبر هذا الظن في حقه وان لم يكن معتبرا حقيقته اسقاطا لما يندرئ بالشبهات فاذا لم يدع
خلا الوطي عن الشبهة فيجب الحد **وجه قول** ابي حنيفة رحمه الله ان لفظ النكاح صدر من اهله مضافا
الى محله فيمنع وجوب الحد كالنكاح بغير شهود ونكاح المعتدة ونحو ذلك ولا شك في وجود
لفظ النكاح والاهلية والدليل على المحلية ان محل النكاح هو الانثى من بنات ادم بالنصوص
والمعقول اما النصوص فقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله ومن اياته ان خلق لكم
من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وقوله وانه خلق الزوجين الذكر والانثى جعل اسم النساء
على العموم والاطلاق محل النكاح والزوجية **واما** المعقول فلان الانثى من بنات ادم
محل صالح لمقاصد النكاح من السكنى والولد والتحصين وغيرها فكانت محلا لحكم النكاح لان
حكم التصرف وسيلة الى ما هو المقصود من التصرف فلو لم يجعل محل المقصود والوسيلة لم تثبت
معنى التوسل الا ان الشرع اخرجها ان تكون محلا للنكاح شرعا مع قيام المحلية حقيقة فقيام
صورة العقد والمحلية تورث شبهة اذ الشبهة اسم لما يشبه الثابت وليس بثابت او نقول
وجد ركن النكاح والاهلية والمحلية على ما بينا الا انه فات شرط الصحة فكان نكاحا فاسدا
والوطي في النكاح الفاسد لا يكون زنا بالاجماع **وعلى هذا** ينبغي ان يعلل فيقال هذا الوطي
ليس بزنا فلا يوجب حد الزنا قياسا على النكاح بغير شهود وسائر الانكحة الفاسدة
ولو وطي جارية الاب او الام وادعى الاشتباه بان قال ظننت انها تحل لي لم يجب الحد
وان لم يدع يجب وهو نفس شبهة الاشتباه وانها تعتبر في سبعة مواضع جارية الاب وجارية
الام وجارية المنكوحة والمطلقة ثلاثا ما دامت في العدة وام الولد ما دامت تعتد منه والعبد
اذا وطي جارية مولاه والجارية المرهونة اذا وطيها المرتهن في رواية كتاب الرهن وفي رواية
كتاب الحدود يجب الحد ولا يعتبر ظنه اما اذا وطي جارية ابيه او امه او زوجته فلان الرجل
ينبسط في مال ابويه وزوجته وينتفع به من غير استيذان وحشمة عادة الا ترى انه يستخدم جارية
ابويه ومنكوحته من غير استيذان فظن ان هذا النوع من الانتفاع مطلق له شرعا ايضا
وهذا وان لم يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر في حقه لاسقاط ما يندرئ
بالشبهات واذا لم يدع فقد عري الوطي عن الشبهة فتمحض حراما فيجب الحد ولا يثبت الولد سواء
ادعى الاشتباه او لا لان ثبات النسب يعتمد قيام معنى في المحل وهو الملك من كل وجه او من وجه
ولم يوجد ولو ادعى احدهما الظن ولم يدع الاخر لا حد عليهما ما لم يقرا جميعا انهما قد علما بالحرمة
لان الوطي يقوم بهما جميعا فاذا تمكنت فيه الشبهة من احد الجانبين فقد تمكنت من الجانب الاخر
ضرورة **واما** من سوى الاب والام من سائر ذوي الرحم المحرم كالاخ والاخت ونحوهما اذا وطي
جاريته يجب الحد وان قال ظننت انها تحل لي لان هذا دعوى الاشتباه في غير موضع الاشتباه

لان الانسان

لان الانسان لا ينبسط بالانتفاع بمال الاخ واخته عادة فلم يكن هذا ظنا مستندا الى دليل
فلا يعتبر وكذا اذا وطي جارية ذات رحم محرم منه غير محرم من امراته لما قلنا **واما** اذا وطي المطلقة
ثلاثا في العدة فلان النكاح قد زال في حق الحل اصلا لوجود المبطل لحل المحلية وهو الطلقات
الثلاث وانما بقي في حق الفراش والحرمة على الازواج فقط فتمحض الوطي حراما فكان
زنا فيوجب الحد الا اذا ادعى الاشتباه وظن الحل لانه بنى ظنه على نوع دليل وهو بقاء
النكاح في حق الفراش وحرمة الازواج فظن انه بقي في حق الحل ايضا وهذا وان لم يصلح دليلا
على الحقيقة لكن لما ظنه دليلا اعتبر في حقه درءا لما يندرئ بالشبهات وان كان طلاقها واحدة
بائنة لم يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام لان زوال الملك بالابانة وسائر الكنايات
مجتهد فيه لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فان مثل عمر رضي الله عنه يقول في الكنايات
انها رواجع وطلاق الرجعي لا يزيل الملك فاختلافهم يورث شبهة ولو خالعها او طلقها على مال
فوطيها في العدة ذكر الكرخي انه ينبغي ان يكون الحكم فيه كالحكم في المطلقة ثلاثا وهو الصحيح
لان زوال الملك بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم يتحقق الشبهة فيجب الحد الا اذا ادعى
الاشتباه لما ذكرنا في المطلقة الثلاث وكذلك اذا وطي ام ولده وهي تعتد منه بان اعتقها
لان زوال الملك بالاعتاق مجمع عليه فلم تثبت الشبهة **واما** اذا وطي جارية مولاه فلان
للعبد تبسطا في مال المولى عادة بالانتفاع فكان وطيه مستندا الى ما هو دليل في حقه فاعتبر
في حقه لاسقاط الحد واذا لم يدع يحد لعرا الوطي عن الشبهة **واما** اذا وطي الجارية المرهونة
فوجه رواية كتاب الرهن ان يد الرهن يد استيفاء الدين فصار المرتهن مستوفيا الدين
من الجارية يدا فقد وطي جارية هي مملوكة له يدا فلا يجب الحد كالجارية المبيعة اذا وطيها
البايع قبل التسليم الا اذا ادعى الاشتباه وقال ظننت انها تحل لي لانه استند ظنه الى نوع
دليل وهو ملك اليد فيعتبر في حقه درءا للحد واذا لم يدع فلا شبهة فلا يجب الحد **وجه** رواية
كتاب الحدود ان الاستيفاء في باب الرهن انما يتحقق من مالية الرهن لا من عينه لان الاستيفاء
لا يتحقق الا في الجنس ولا مجانسة بين التوثيق وبين عين الجارية فلا يتصور الاستيفاء من
عينها فلا يعتبر ظنه ولو وطي البايع الجارية المبيعة قبل التسليم لا حد عليه وكذلك الزوج اذا وطي
الجارية التي تزوج عليها قبل التسليم لان ملك الرقبة وان زال بالبيع والنكاح فملك اليد قائم فيورث
شبهة ولو وطي المستاجر جارية الاجارة والمستعير جارية الاعارة والمستودع جارية الوديعة
يحد وان قال ظننت انها تحل لي لان هذا ظن عري عن دليل فكان في غير موضعه فلا يعتبر ولو
زفت اليه غير امراته وقلن النساء ان هذه امراتك فوطيها لا حد عليه منهم من قال انما لا يجب الحد لشبهة
الاشتباه وهذا غير سديد فانها اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كان امتناع الوجوب
لشبهة الاشتباه ينبغي ان لا يثبت لان النسب لا يثبت في شبهة الاشتباه فيما ذكرنا من المسائل
وهاهنا يثبت النسب دل ان الامتناع ليس لشبهة الاشتباه بل لمعنى اخر وهو انه وطيها بناء على
دليل ظاهر يجوز بناء الوطي عليه وهو الاخبار بانها امراته بل لا دليل هاهنا سواه فلم يتبين
الامر بخلافه فقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر يورث شبهة **ولو وطي** اجنبية وقال ظننت
انها امراتي او جاريتي او شبهها بامراتي او جاريتي يجب الحد لان هذا الظن غير معتبر لعدم
استناده الى دليل فكان ملحقا بالعدم ولا يحل الوطي بناء على هذا الظن مما يعرف انها امراته
بدليل اما بكلامها او باخبار مخبر ولم يوجد شيء منهما انا لو اعتبرنا هذا الظن في اسقاط الحد لم يحد

الزنا في موضع ما اداه الراي لا يخرج عن هذا العقد فيؤدي الى سد باب الحد وهكذا روي
عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه قال لو قبل هذا لما اقيم الحد على احد وكذلك لو كان الرجل
اعمى فوجد امراة في بيته فوقع عليها وقال ظننتها امراتي عليه الحد لان هذا ظن لم يستند الى دليل
اذ قد يكون في البيت من لا يجوز وطيها من المحارم والاجنبيات فلا يحل الوطي بناء على هذا الظن
فلم يثبت الشبهة وروي عن محمد رحمه الله في رجل اعمى دعا امراته فقال يا فلانة فاجابت غيرها
فوقع عليها انه يحد ولو اجابته غيرها وقالت انا فلانة فوقع عليها لم يحد ويثبت النسب
وهي كالمراة المزفوفة الى غير زوجها لانه لا يحل له وطيها بمجرد الاجابة ما لم تقل انا فلانة لان
الاجابة قد تكون من التي ناداها وقد تكون من غيرها فلا يجوز بناء الوطي على نفس الاجابة فاذا
فعل لم يعذر بخلاف ما اذا قالت انا فلانة فوطيها لانه لا سبيل للاعمى الى ان يعرف انها امراته
الا بذلك الطريق فكان معذورا فاشبه المراة المزفوفة حتى لو كان الرجل بصيرا لا يصدق
على ذلك لامكان الوصول الى انها امراته بالرؤية وروي عن زفر رحمه الله في رجل اعمى وجد
على فراشه او محله امراة فوقع عليها وقال ظننت انها امراتي يدرا عنه الحد وعليه العقر وقال
ابو يوسف لا يدرا وجه قول زفر انه ظن في موضع الظن اذ الظاهر انه لا ينام على فراشه
غير امراته فكان ظنا مستندا الى دليل ظاهر فيوجب الحد كما لو وجدت الرجل غير امراته فوطيها وجه
قول ابي يوسف رحمه الله ان النوم على الفراش لا يدل على انها امراته لجواز ان ينام على فراشه
غير امراته فلا يجوز استحلال الوطي بهذا القدر فاذا استحل وظهر الامر بخلافه لم يكن معذورا
ولا يعتبر ظنه والله اعلم **فصل** واما الاحصان فالاحصان نوعان احصان الرجم
واحصان القذف اما احصان الرجم فهو في الشرع عبارة عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع
لوجوب الرجم وهي سبعة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والنكاح الصحيح وكون الزوجين
جميعا على هذه الصفات وهي ان يكونا جميعا عاقلين بالغين حرين مسلمين فوجود هذه
الصفات فيهما جميعا شرط لكون كل واحد منهما محصنا والدخول في النكاح الصحيح بعد
ساير الشرايط متاخرا عنها وان تقدمها لم يجب ما لم يوجد دخول اخر بعدها فلا احصان
للصبي والمجنون والعبد والكافر ولا بالنكاح الفاسد ولا بنفس النكاح ما لم يوجد الدخول
وما لم يكن الزوجان جميعا وقت الدخول على صفة الاحصان حتى ان الزوج العاقل البالغ
الحر المسلم اذا دخل بزوجته وهي صبية او مجنونة او امة او كتابية ثم ادركت الصبية
وافاقت المجنونة واعتقت الامة واسلمت الكتابية لا يصير محصنا ما لم يوجد دخول اخر بعد
زوال هذه العوارض حتى لو زنى قبل دخول اخر لا يرجم فاذا وجدت هذه الصفات صار
الشخص محصنا لان الاحصان في اللغة عبارة عن الدخول في الحصن يقال احصن اي دخل
في الحصن ومعناه دخل عن الزنا او دخل به وانما يصير الانسان داخلا في الحصن عن الزنا عند
توفر الموانع وكل واحد من هذه الجملة مانع من الزنا فعند اجتماعها يتوفر الموانع **واما** العقل
فلان للزنا عاقبة ذميمة والعقل يمنع عن ارتكاب كل ما له عاقبة ذميمة واما البلوغ فلان الصبي
لنقصان عقله وغلبة لهوه لاشتغاله باللهو واللعب لا يقف على عواقب الامور ولا يعرف
الحميدة منها والذميمة **واما الحرية** فلان الحر يستنكف عن الزنا وكذا الحرة ولهذا لما قرا رسول الله
صلى الله عليه وسلم اية المبايعة على النساء وبلغ قوله تعالى ولا يزنين قالت هند امراة ابي
سفيان او يزني الحرة يا رسول الله واما الاسلام فلانه نعمة كاملة موجبة للشكر فيمنع من الزنا

الذي

الذي هو وضع الكفران في موضع الشكر **واما** اعتبار اجتماع هذه الصفات في الزوجين
جميعا فلان اجتماعها فيهما يشعر بكمال حالهما وذا يشعر بكمال اقتضاء الشهوة في الزوجين جميعا
لان اقتضاء الشهوة بالصبية والمجنونة قاصر وكذا بالرقيقة لكون الرق من نتايج الكفر
فينفر عنه الطبع وكذا بالكافرة لان طبع المسلم ينفر عن الاستمتاع بالكافرة ولهذا قال النبي صلى
الله عليه وسلم لحذيفة رضي الله عنه حين اراد ان يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك واما
الدخول بالنكاح الصحيح فلان اقتضاء الشهوة بطريق حلال فيقع به الاستغناء عن الحرام والنكاح
الفاسد لا يفيد الحل فلا يقع به الاستغناء **واما كون** الدخول اخر الشرايط فلان الدخول قبل
استيفاء ساير الشرايط لا يقع اقتضاء الشهوة على سبيل الكمال فلا يقع الغنية به عن الحرام على التمام
وبعد استيفائها يقع به الغنية على الكمال والتمام فثبت ان هذه الجملة موانع عن الزنا فيحصل
بها معنى الاحصان وهو الدخول في الحصن عن الزنا ولا خلاف في هذه الجملة الا في الاسلام
فانه روي عن ابي يوسف انه ليس من شرايط الاحصان حتى لا يصير المسلم محصنا بنكاح الكتابية
والدخول بها في ظاهر الرواية وكذلك الذمي العاقل البالغ الحر الثيب اذا زنى لا يرجم في
ظاهر الرواية بل يجلد وعلى ما روي عن ابي يوسف انه يرجم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين
ولو كان الاسلام شرطا لما رجم ولانه اشتراط الاسلام للزجر عن الزنا والدين المطلق يصلح
للزجر عن الزنا لان الزنا حرام في الاديان كلها **ولنا** في زنا الذمي قوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة اوجب الحد على كل زان وزانية او على مطلق
الزاني والزانية من غير فصل بين المؤمن والكافر ومتى وجب الجلد انتفى وجوب الرجم ضرورة
ولان زنا الكافر لا يساوي زنا المسلم في كونه جناية فلا يساويه في استدعاء العقوبة كزنا
البكر مع زنا الثيب وبيان ذلك ان زنا المسلم اختص بمزيد قبح انتفى ذلك في زنا الكافر
وهو كونه زيادة وضع الكفران في موضع الشكر لان دين الاسلام نعمة ودين الكفر ليس بنعمة
ويدل زنا المسلم بالكتابية قول النبي صلى الله عليه وسلم لحذيفة حين اراد ان يتزوج يهودية
دعها فانها لا تحصنك وقوله من اشرك بالله فليس بمحصن والذمي مشرك على الحقيقة فلم يكن محصنا
وما ذكرنا ان في اقتضاء الشهوة بالكافرة قصورا فلا يتكامل معنى النعمة فلا يتكامل الزاجر
قوله الزجر يحصل باصل الدين قلنا نعم لكنه لا يتكامل الا بدين الاسلام لانه نعمة فيكون الزنا
من المسلم وضع الكفران في موضع الشكر ودين الكفر ليس بنعمة فلا يكون في كونه هو احرامثله
واما حديث رجم اليهوديين فيحتمل انه كان قبل نزول اية الجلد فانتسخ بها ويحتمل انه كان
بعد نزولها والنسخ جر الواحد اهون من نسخ الكتاب واحصان كل واحد من الزانيين ليس بشرط
لوجوب الرجم على احدهما حتى لو كان احدهما محصنا والاخر غير محصن فالمحصن منهما يرجم وغير
المحصن يجلد ثم اذا ثبت احصان الزاني بالبينة او بالاقرار يرجم بالنص والمعقول اما النص
فالحديث المشهور وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث
كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وروي انه عليه السلام رجم ماعزا وكان
محصنا واما المعقول فهو ان المحصن اذا توفرت عليه الموانع من الزنا فاذا اقدم عليه مع توفر
الموانع صار زناه غاية في القبح فيجازى بما هو غاية في العقوبات الدنياوية وهو الرجم
لان الجزاء على قدر الجناية الا ترى ان الله تعالى توعد نساء النبي صلى الله عليه وسلم بضعف
العذاب اذا اتين بفاحشة لعظم جنايتهن لحصولها مع توفر الموانع فيهن لعظم نعم الله تعالى

مطلب رجم اليهود فيا منسوخ

عليهن لسبيلهن صحيح رسول الله صلى الله عليه وسلم ومضى حجة فكانت جنايتهن على تقدير الاثبات
غاية في القبح فاوجبت غاية من الجزاء كذا ههنا ولا يجمع بين الجلد والرجم عند عامة
العلماء وقال بعض الناس يجمع بينهما لظاهر قوله عليه السلام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم
بالحجارة ولنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ولم يجلده ولو وجب الجمع بينهما لجمع ولان
الزنا جناية واحدة فلا يوجب الا عقوبة واحدة والرجم والجلد كل واحد منهما عقوبة على
حدة فلا يجتمعان بجناية واحدة والحديث محمول على الجمع بينهما في الجلد والرجم لكن في حالين
فيكون عملا بالحديث واذا فقد شرط من شرائط الاحصان لا يرجم بل يجلد لان الواجب بنفس
الزنا هو الجلد باية الجلد ولان زنا غير المحصن لا يبلغ غاية في القبح فلا يبلغ عقوبته النهاية
فيكتفى بالجلد وهل يجمع بين الجلد والتغريب اختلف فيه قال اصحابنا لا يجمع الا اذا راى الامام
المصلحة في الجمع بينهما فيجمع وقال الشافعي يجمع بينهما احتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه جلد
وغرب وكذا روي عن علي رضي الله عنه انه فعل هكذا ولم ينكر عليهما احد من الصحابة فيكون اجماعا
ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والاستدلال به من
وجهين احدهما ان الله تعالى امر بجلد الزانية والزاني ولم يذكر التغريب فمن اوجب التغريب
فقد زاد على كتاب الله تعالى والزيادة على النص نسخ ولا يجوز نسخ النص بخبر واحد والثاني
انه جعل الجلد جزاء والجزاء اسم لما يقع به الكفاية ماخوذ من الاجتزاء وهو الاكتفاء فلو اوجبنا
التغريب لا يقع الكفاية بالجلد وهذا خلاف النص ولان التغريب تعريض للحرب على الزنا
لانه ما دام في بلده يمتنع عن العشائر والمعارف حياء منهم وبالتغريب يزول هذا المعنى
فيعرى الداعي عن المانع فيقدم عليه والزنا قبيح فما افضى اليه مثله وفعل الصحابة رضي الله عنهم
محمول على الحبس او ذلك مصلحة على طريق التعزير الا ترى انه روي عن عمر رضي الله عنه انه نفى
رجلا فلحق بالروم فقال لا انفي بعدها ابدا وعن علي رضي الله عنه انه قال كفى بالنفي فتنة فدل
ان فعلهم كان على طريق التعزير ونحن به نقول للامام ان ينفي ان راى المصلحة في التغريب
ويكون النفي تعزيرا لا حدا والله اعلم [illegible] احصان القذف فنذكره في حد القذف ان شاء
الله تعالى **فصل** واما حد الشرب فسبب وجوبه الشرب وهو شرب الخمر خاصة حتى
يجب الحد بشرب قليلها وكثيرها ولا يتوقف الوجوب على حصول السكر منها وحد السكر
وجوبه السكر الحاصل بشرب ما سوى الخمر من الاشربة المعهودة المسكرة كالسكر ونقيع الزبيب
والمطبوخ ادنى طبخة من عصير العنب او التمر والزبيب والمثلث ونحو ذلك **فصل** واما
شرائط وجوبها فمنها العقل ومنها البلوغ فلا حد على المجنون والصبي الذي لا يعقل ومنها الاسلام
فلا حد على الذمي والحربي المستامن بالشرب ولا بالسكر في ظاهر الرواية ومنها عدم الضرورة
في شرب الخمر فلا حد على من اكره على الشرب ولا على من اصابته مخمصة وانما كان كذلك لان الحد
عقوبة محضة فيستدعي جناية محضة وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بالجناية وكذا الشرب
لضرورة المخمصة والاكراه حلال فلم يكن جناية وشرب الخمر مباح لاهل الذمة عند اكثر مشايخنا
فلا يكون جناية وعند بعضهم وان كان حراما لكنا نهينا عن التعرض لهم وما يدينون وفي
اقامة الحد عليهم تعرض لهم من حيث المعنى لانها تمنعهم من الشرب وعن الحسن بن زياد انهم اذا شربوا
وسكروا يحدون لاجل السكر لا لاجل الشرب لان السكر حرام في الاديان كلها وما قاله الحسن
حسن ومنها [illegible] الخمر [illegible] وقت الشرب في حد الشرب لان وجوب الحد بالشرب يتعلق

حق

حق لو خلط الخمر بالماء ثم شرب نظر فيه ان كانت الغلبة للماء لا حد عليه لان اسم الخمر يزول عنه بغلبة
الماء وان كانت الغلبة للخمر او كانا سواء يحد لان اسم الخمر باق وهي عادة بعض الشربة انهم يشربونها
ممزوجا بالماء ولذلك من شرب دردي الخمر لا حد عليه لانه دردي الخمر لا يسمى خمرا وان كان
لا يخلو عن اجزاء الخمر **فاما** الذكورة فليست بشرط حتى يجب الحد على الذكر والانثى واما
الحرية فكذلك الا ان حد الرقيق يكون على النصف من حد الحر ولا حد على من يوجد منه رائحة
الخمر لان وجود رائحة الخمر لا تدل على شرب الخمر لجواز انه تمضمض بها ولم يشربها او شربها عن
اكراه او مخمصة وكذلك من تقيأ خمرا لا حد عليه لما قلنا والله اعلم **واما** الاشربة التي تتخذ
من الاطعمة كالحنطة والشعير والدخن والذرة والعسل والتين والسكر ونحوها فلا يجب الحد
بشربها حلال عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ان كان حراما لكن حرمة في محل الاجتهاد
فلم يكن شربها جناية محضة فلا تتعلق بها عقوبة محضة ولا بالسكر منها هو الصحيح لان الشرب
اذا لم يكن حراما اصلا فلا عبرة بنفس السكر كما في البنج ونحوه والله اعلم **فصل** واما
حد القذف فسبب وجوبه القذف بالزنا لانه نسبه الى الزنا وفيه الحاق العار بالمقذوف فيجب الحد
دفعا للعار عنه **فصل** واما شرائط وجوبه فانواع بعضها يرجع الى القاذف وبعضها
يرجع الى المقذوف وبعضها يرجع اليهما جميعا وبعضها الى المقذوف به وبعضها الى المقذوف فيه وبعضها
يرجع الى نفس القذف اما الذي يرجع الى القاذف فانواع ثلثة احدها العقل والثاني البلوغ
حتى لو كان القاذف صبيا او مجنونا لا حد عليه لان الحد عقوبة فيستدعي كون القذف
جناية وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جناية **والثالث** عدم اثباته باربعة شهداء
فان اتى بهم لا حد عليه لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم
ثمانين جلدة علق وجوب اقامة الحد بعدم الاتيان باربعة شهود وليس المراد منه عدم الاتيان
في جميع العمر بل عند القذف والخصومة اذ لو حمل على الابد لما اقيم حد اصلا اذ لا يقام بعد
الموت ولان الحد انما وجب لدفع عار الزنا عن المقذوف [illegible] اذا ظهر زناه بشهادة الاربعة
لا يحتمل الاندفاع بالحد ولان هذا حد يزجر عن قذف المحصنات **واما** حرية القاذف واسلامه
وعفته عن فعل الزنا فليس بشرط فيحد الرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا والشرط
احصان المقذوف لا احصان القاذف **فصل** واما الذي يرجع الى المقذوف
فشيئان احدهما ان يكون محصنا رجلا كان او امراة وشرائط احصان القذف خمسة العقل والبلوغ
والحرية والاسلام والعفة عن الزنا فلا يجب الحد بقذف الصبي والمجنون والرقيق والكافر
ومن لا عفة له عن الزنا اما العقل والبلوغ فلان الزنا لا يتصور من الصبي والمجنون فكان
قذفهما بالزنا كذبا محضا فيوجب التعزير لا الحد واما الحرية فلان الله تعالى شرط الاحصان
في اية القذف وهو قوله تعالى والذين يرمون المحصنات والمراد من المحصنات ههنا الحرائر
لا العفايف عن الزنا فدل على ان الحرية شرط ولانا لو اوجبنا على قاذف المملوك الجلد لاوجبنا
ثمانين وهو لو اتى بحقيقة الزنا لا يجلد الا خمسين وهذا لا يجوز لان القذف نسبة الى الزنا وانه
دون حقيقة الزنا **واما** الاسلام والعفة عن الزنا فلقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
الغافلات المؤمنات والمحصنات الحرائر والغافلات العفايف عن الزنا والمؤمنات معلومة
فدل ان الايمان والعفة عن الزنا والحرية شرط ودلت هذه الاية على ان المراد من المحصنات
في هذه الاية الحرائر لا العفايف لانه جمع في هذه الاية بين المحصنات والغافلات في الذكر

العفايف فلو اريد بالمحصنات العفايف لكان تكرارا ولان الحد انما يجب لدفع العار
عن المقذوف ومن لا عفة له عن الزنا لا يلحقه العار بالقذف بالزنا وكذا قول النبي صلى الله
عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن يدل على ان الاسلام شرط ولان الحد انما وجب بالقذف دفعا
لعار الزنا عن المقذوف وما في الكافر من عار الكفر اعظم والله اعلم ثم تفسير العفة عن الزنا هو ان
لم يكن المقذوف وطي في عمره وطيا حراما في غير ملك ولا نكاح اصلا ولا في نكاح فاسد فسادا
مجمعا عليه في السلف فان كان فعل سقطت عفته سوا كان الوطي زنا موجبا للحد او لم يكن بعد
ان يكون على الوصف الذي ذكرنا وان كان وطي وطيا حراما لكن في الملك او النكاح حقيقة او في
نكاح فاسد لكن فساده هو محل الاجتهاد لا يسقط عفته **وبيان** هذه الجملة في مسايل اذا
وطي امراة لشبهة بان زفت اليه غير امراته فوطيها سقطت عفته لوجود الوطي الحرام في غير ملك
ولا نكاح اصلا الا انه لم يجب الحد لقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر على ما ذكرنا فيما تقدم
وكذلك اذا وطي جارية مشتركة بينه وبين غيره لان الوطي يصادف كل الجارية وكلها ليس
ملكه فيصادف ملك الغير لا محالة فكان الفعل زنا من وجه لكن درئ الحد للشبهة وكذلك اذا
وطي جارية ابيه او زوجته او جارية اشتراها وهو يعلم انها لغير البايع ثم استحقت لما قلنا وكذلك
لو وطي جارية ابنه فاعلقها او لم يعلقها لوجود الوطي المحرم في غير ملك حقيقة **ولو وطي**
الحايض والنفسا او الصايمة او المحرمة او الحرة التي ظاهر منها او الامة المزوجة لم تسقط
عفته لقيام الملك او النكاح حقيقة وانه محلل الا انه منع من الوطي لغيره وكذا اذا وطي مكاتبته
في قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية اخرى
عنه وهو قول زفر تسقط عفته **وجه قولهما** ان هذا وطي حصل في غير الملك لان عقد
الكتابة اوجب زوال الملك في حق الوطي الا ترى انه لا يباح له ان يطاها وكذا المهر يكون
لها لا للمولى وهذا دليل زوال الملك في حق الوطي **ولنا** ان الوطي يصادف الذات وملك
الذات قايم بعد الكتابة فكان الملك المحلل قايما وانما الزايل ملك اليد لمنع من الوطي لما فيه
من استرداد يدها على نفسها فاشبهت الجارية المزوجة **ولو تزوج** معتدة الغير او منكوحة الغير
او مرتدة او مجوسية او اخته من الرضاع سقطت عفته سوا علم او لم يعلم في قول ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد اذا كان لا يعلم لا يسقط **وجه قولهما** انه اذا لم يعلم لا يكون الوطي حراما
بدليل انه لا ياثم ولو كان حراما لاثم واذا لم يكن حراما لم يسقط ولابي حنيفة ان حرمة الوطي
ههنا ثابتة بالاجماع الا ان الاثم منتفي والاثم ليس من لوازم الحرمة على ما عرف واذا كانت
الحرمة ثابتة سقطت العفة ولو قبل امراة لشهوة او نظر الى فرجها لشهوة ثم تزوج
بابنتها فوطيها لا تسقط عفته في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تسقط وجه قولهما
ان التقبيل او النظر اوجب حرمة المصاهرة وانها حرمة موبدة فتسقط العفة كحرمة المحرم
ولابي حنيفة ان هذه الحرمة ليست مجمعا عليها بل هي محل الاجتهاد في السلف فلا تسقط العفة
فاما اذا تزوج امراة فوطيها ثم تزوج ابنتها او امها فوطيها تسقط عفته بالاجماع لان هذا
النكاح مجمع على فساده فلم يكن محل الاجتهاد ولو تزوج امراة بغير شهود فوطيها سقطت عفته
لان فساد هذا النكاح مجمع عليه لا خلاف فيه في السلف اذ لا يعرف الخلاف فيه بين الصحابة
رضي الله عنهم فلا يعتد بخلاف مالك فيه **ولو تزوج** امة وحرة في عقدة واحدة فوطيها او تزوج
امة على حرة فوطيها لم تسقط عفته لان فساد هذا النكاح ليس مجمعا عليه في السلف بل هو

محل

محل الاجتهاد فالوطي فيه لا يوجب سقوط العفة ولو تزوج ذمي امراة هي ذات
رحم محرم منه ثم اسلم فقذفه رجل ان كان قد دخل بها بعد الاسلام سقطت عفته
بالاجماع وان كان الدخول في حال الكفر لم يسقط في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد يسقط هكذا ذكر الكرخي وذكر محمد في الاصل انه يسقط احصانه ولم يذكر
الخلاف وهو الصحيح لان هذا النكاح مجمع على فساده وانما سقط الحد على اصل ابي
حنيفة لنوع شبهة والله اعلم **ولا حد** على من قذف امراة محدودة في الزنا او معها
ولد لا يعرف له اب او لاعنت بولد لان امارة الزنا معها ظاهرة فلم يكن عفيفة فان
لاعنت بغير الولد او مع الولد لكنه لم يقطع النسب او قطع لكن الزوج عاد واكذب
نفسه والحق النسب بالاب حد لانه لم يظهر منها علامة الزنا فكانت عفيفة **والثاني** ان
يكون المقذوف معلوما فان كان مجهولا لا يجب الحد كما اذا قال لجماعة كلكم زان الا واحدا
او قال ليس فيكم زان الا واحد او قال لرجلين احدكما زان لان المقذوف مجهول **ولو قال**
لرجلين احدكما زان فقال له رجل احدهما هذا فقال لا لا حد للاخر لانه لم يقذف
بصريح الزنا ولا بما هو في معنى الصريح **ولو قال** لرجل جدك زان لا حد عليه لان اسم الجد
ينطلق على الاسفل وعلى الاعلى فكان المقذوف مجهولا **ولو قال** اخوك زان فان كان
له اخوة او اخوان سواه لا حد على القاذف لان المقذوف مجهول وان لم يكن له الا اخ واحد
فعليه الحد اذا حضر وطالب لان المقذوف معلوم وليس لهذا الاخ ولاية المطالبة لما نذكر
في موضعه ان شا الله واما حيوة المقذوف وقت القذف فليس بشرط لوجوب الحد على القاذف
حتى يجب الحد بقذف الميت لما نذكره في موضعه ان شا الله تعالى **فصل** واما
الذي يرجع اليهما جميعا فواحد وهو ان لا يكون القاذف اب المقذوف ولا جده وان علا
ولا امه ولا جدته وان علت فان كان لا حد عليه لقوله تعالى ولا تقل لهما اف والنهي عن
التافيف نصا نهي عن الضرب دلالة ولهذا لا يقتل به قصاصا ولقوله تعالى وبالوالدين
احسانا والمطالبة بالقذف ليس من الاحسان في شي فكان منفيا بالنص ولان توقير الاب
واحترامه واجب شرعا وعقلا والمطالبة بالقذف للحد يكون ترك التعظيم والاحترام
فكان حراما **فصل واما** الذي يرجع الى المقذوف به فنوعان احدهما ان يكون
القذف بصريح الزنا وما يجري مجرى الصريح وهو نفي النسب فان كان بالكناية لا يوجب الحد
لان الكناية محتملة والحد لا يجب مع الشبهة فمع الاحتمال اولى **وبيان هذه** الجملة في
مسايل اذا قال لرجل يا زاني او قال له زنيت او قال انت زان يحد لانه اتى بصريح القذف
بالزنا **ولو قال** يا زاني بالهمز او زنات بالهمز يحد ولو قال عنيت به الصعود في الجبل لا يصدق
لان العامة لا تعرف بين المهموز والملين وكذا من العرب من يهمز الملين فبقي مجرد الزنا ولا يعتبر
ولو قال زنات في الجبل يحد ولو قال عنيت به الصعود في الجبل لا يصدق في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد يصدق **ولو قال** زنات على الجبل وقال عنيت به الصعود لا يصدق
بالاجماع **وجه قول** محمد ان الزنا هو فاحشة ملين يقال زنا يزني زنا والزنا الذي هو
صعود مهموز يقال زنا يزنا زنا وقال الشاعر واراق الى الخيرات زنا في الجبل
واراد به الصعود الا انه اذا لم يقل عنيت به الصعود حمل على الزنا المعروف لان اسم الزنا
يستعمل فيه عرفا وعادة فاذا قال عنيت به الصعود فقد عنى به ما هو موجب اللفظ لغة فلزم

اعتباره **ولهما** ان اسم الزنا يستعمل في المهموز عرفا وعادة والعامة لا تفصل بين المهموز والملين بل يستعمل المهموز مليّنا والملين مهموزا فلا يصدق في الصرف عن المتعارف كما اذا قال زنيت في الجبل وقال عنيت به الصعود او زنات ولم يذكر الجبل الا انه استعمل كلمة في وانه جائز قال الله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل اي على جذوع النخل ومن مشايخنا من علل لهما بان المهموز منه يحتمل معنى الملين وهو الزنا المعروف لان من العرب من يهمز الملين فيتعين معنى الملين بدلالة الحال وهي حال الغضب لان المسألة مصورة فيها واذا قال زنات على الجبل وقال عنيت به الصعود لم يصدق لانه لا يستعمل كلمة على في الصعود لا يقال صعد على الجبل وانما يقال صعد في الجبل **ولو قال** لرجل يا ابن الزاني فهو قاذف لابيه كانه قال ابوك زان ولو قال يا ابن الزانية فهو قاذف لامه كانه قال امك زانية **ولو قال** يا ابن الزاني والزانية فهو قاذف لابيه وامه كانه قال ابوك زان وامك زانية **ولو قال** يا ابن الزنا او يا ولد الزنا كان قذفا لان معناه في عرف الناس وعادتهم انك مخلوق من ماء الزنا ولو قال يا ابن الزانيين يكون قذفا ويعتبر احصان امه الى ولدته لا احصان جدته حتى لو كانت امه مسلمة فعليه الحد وان كانت جدته كافرة وان كانت امه كافرة فلا حد عليه وان كانت جدته مسلمة لان امه في الحقيقة والدته والجدة تسمى اما مجازا لا حقيقة وكذلك لو قال يا ابن مائة زان او يا ابن الف زانية يكون قاذفا لامه ويعتبر في الاحصان حال الام لما قلنا ويكون المراد من العدد المذكور عدد المرات لا عدد الاشخاص اي امك زنت مائة مرة او الف مرة **ولو قال** يا ابن القحبة لم يكن قاذفا لان هذا الاسم كما يطلق على الزانية يستعمل على المهيأة المستعدة للزنا وان لم تزن فلا يجعل قذفا مع الاحتمال **وكذلك** لو قال يا ابن الدعية لان الدعية هي المرأة المنسوبة الى قبيلة لا نسب لها منهم وهذا لا يدل على كونها زانية لجواز ثبوت نسبها من غيرهم **ولو قال** لرجل يا زاني فقال الرجل لا بل انت الزاني او قال لا بل انت يحدان جميعا لان كل واحد منهما قذف صاحبه صريحا **ولو قال** لامرأة يا زانية فقالت زنيت بك لا حد على الرجل لان المرأة صدقته في القذف فخرج قذفه من ان يكون موجبا للحد ويحد المرأة لانها قذفته نصا بالزنا نصا ولم يوجد منه التصديق **ولو قال** لامرأة يا زانية فقالت زنيت معك لا حد على الرجل ولا على المرأة اما على الرجل فلوجود التصديق منها اياه **واما** على المرأة فلان قولها زنيت معك يحتمل ان يكون المراد منه زنيت بك ويحتمل ان يكون معناه زنيت بحضرتك فلا تجعل قذفا مع الاحتمال **ولو قال** لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة حد القذف ولا لعان على الرجل لان كل واحد من الزوجين قذف صاحبه وقذف المرأة يوجب حد القذف وقذف الزوج امرأته يوجب اللعان وكل واحد منهما حد وفي البداية بحد المرأة اسقاط الحد لان اللعان فيها دات موكدة بالايمان والحدود في القذف لانها دة له ونظير هذا ما قال الواقفين قال لامرأته يا زانية بنت الزانية فخاصمته الام اولا تحد الزوج حد القذف سقط اللعان لانه بطلت شهادته ولو خاصمت المرأة اولا فلاعن القاضي بينهما ثم خاصمت الام يحد الرجل حد القذف لامرأته يا زانية فقالت زنيت بك لا حد ولا لعان لانه يحتمل انها ارادت بقولها زنيت بك اي قبل النكاح ويحتمل انها ارادت اي ما مكنت من الوطي غيرك فان كان ذلك زنا فهو زنا لان هذا استعارة فاذا ارادت الاول لا يجب اللعان ولا يجب الحد لانها اقرت بالزنا وان

ارادت به

ارادت به الثاني يجب اللعان لان الزوج قذفها بالزنا وهي لم تصدقه فما قذفها به ولا حد عليها فوقع الاحتمال في ثبوت كل واحد منهما فلا يثبت ولو قال لامرأته انت زانية فقالت المرأة انت ازنى مني يحد الرجل ولا تحد المرأة اما الرجل فلانه قذفها بصريح الزنا ولم يوجد منها التصديق **واما المرأة** فلان قولها انت ازنى مني يحتمل انها ارادت به النسبة الى الزنا على الترجيح ويحتمل انها ارادت انت اقدر على الزنا واعلم به مني فلا يحمل على القذف مع الاحتمال وكذلك اذا قال لانسان انت ازنى الناس او ازنى الزناة او ازنى من فلان لا حد عليه لما قلنا وروي عن ابي يوسف انه فرق بين قوله ازنى الناس وبين قوله ازنى مني او من فلان فقال في الاول يحد وفي الثاني لا يحد **ووجه الفرق** ان قوله انت ازنى الناس امكن حمله على مقتضيه ظاهر الصيغة وهو الترجيح في وجود فعل الزنا منه لتحقق الزنا من الناس في الجملة فيحمل عليه وقوله انت ازنى مني او من فلان لا يمكن حمله على الترجيح في وجود الزنا لجواز انه لم يوجد الزنا منه او من فلان فيحمل على الترجيح في القدرة او العلم فلا يكون قذفا بالزنا **ولو قال** لرجل زنيت وفلان معك كان قاذفا لهما لانه قذف احدهما وعطف الاخر عليه بحرف الواو وانها للجمع المطلق فكان مخبرا عن وجود الزنا من كل واحد منهما **رجلان** استبا فقال احدهما لصاحبه ما انا بزان ولا امي زانية لم يكن هذا قذفا لان ظاهره نفي الزنا عن ابيه وامه الا انه قد يكنى بهذا الكلام عن نسبة صاحبه وامه الى الزنا لكن القذف على سبيل الكناية والتعريض لا يوجب الحد ولو قال لرجل انت تزني لا حد عليه لان هذا اللفظ يستعمل للاستقبال او يستعمل للحال والاستقبال فلا يجعل قذفا مع الاحتمال وكذلك لو قال انت تزني وانا اضرب الحد لان مثل هذا الكلام في عرف الناس لا يدل على قصد القذف وانما يدل على طريق ضرب المثل على الاستبعاد ان كيف يكون العقوبة على انسان والجناية من غيره كما قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيرا منك او قال لرجل ما رأيت زانيا خيرا منك لم يكن قذفا لانه ما جعل هذا المذكور خيرا من الزناة وانما جعله خيرا من الزناة وهذا لا يقتضي وجود الزنا منه ولو قال لامرأة زنى بك زوجك قبل ان يتزوجك فهو قاذف لانه نسب زوجها الى زنا حصل منه قبل التزوج في كلام موصول فيكون قذفا ولو قال لامرأة وطئك فلان وطيا حراما او جامعك حراما او فجر بك او قال لرجل وطئت فلانة حراما او باضعتها او جامعتها حراما فلا حد عليه لانه لم يوجب من القذف بالزنا بل بالوطي الحرام ويجوز ان يكون الوطي حراما ولا يكون زنا كالوطي بشبهة ونحو ذلك ولو قال لغيره اذهب الى فلان فقل له يا زاني او يا ابن الزانية لم يكن المرسل قاذفا لانه امر بالقذف ولم يقذف **واما** الرسول فان ابتدأ فقال له على وجه الرسالة يا زاني او يا ابن الزانية فهو قاذف وعليه الحد وان بلغه على وجه الرسالة بان قال ارسلني فلان اليك وامرني ان اقول لك يا زاني او يا ابن الزانية لا حد عليه لانه لم يقذف بل اخبر عن قذف غيره ولو قال لاخر انك زان او اشهدت على ذلك لم يكن قاذفا لانه حكى عن خبر غيره بالقذف واشهاد غيره بذلك فلم يكن قاذفا **ولو قال** لرجل يا لوطي لم يكن قاذفا بالاجماع لان هذا انتسبه اباه الى قوم لوط فقط وهذا لا يقتضي انه يعمل عليهم وهو اللواطة ولو افصح وقال انت تعمل عمل قوم لوط وسمى ذلك لم يكن قاذفا عند

ابي حنيفة ايضا وعندهما هو قاذف بناء على ان هذا الفعل ليس بزنا عند ابي حنيفة
وعندهما هو في معنى الزنا والمسألة مرت في موضعها ولو قال لرجل يا زاني فقال
آخر صدقت يحد القاذف ولا حد على المصدق اما الاول فلوجود القذف الصريح منه
واما المصدق فلان قوله صدقت قذف بطريق الكناية ولو قال صدقت هو كما قلت
يحد لان هذا في معنى الصريح ولو قال لرجل اخوك زان فقال الرجل لا بل انت يحد الرجل
لان كلمة لا لتأكيد الاثبات فقد قذف الاول بالزنا على سبيل التأكيد واما الاول
فيتظر ان كان للرجل اخوة او اخوان سواه فلا حد عليه وان لم يكن له الا اخ واحد فدات
يطالب بالحد وليس لهذا الاخ المخاطب ان يطالب لما ذكرنا فيما تقدم ولو قال لست
لابيك فهو قاذف لامه سواء قال في غضب او رضا لان هذا الكلام لا يذكر الا لنفي النسب
عن الاب فكان قذفا لامه ولو قال ليس هذا ابوك او قال لست انت ابن فلان لابيه او قال
انت ابن فلان لاجنبي ان كان في حال الغضب فهو قاذف وان كان في غير حال الغضب فليس
بقاذف لان هذا الكلام قد يذكر لنفي النسب وقد يذكر لنفي التشبه في الاخلاق اي اخلاقك
لا تشبه اخلاق ابوك او اخلاقك تشبه اخلاق فلان الاجنبي فلا يجعل قذفا مع الشك
والاحتمال وكذلك اذا قال الرجل يا ابن مزيقيا او يا ابن ماء السماء لا يكون قذفا في حالة
الغضب ولا في حالة الرضا لانه يحتمل انه اراد به نفي النسب ويحتمل انه اراد به المدح بالتشبيه
برجلين من سادات العرب فعامر بن حارثة كان يسمى ماء السماء لصفائه وسخاوته وسجيته
وعمرو بن عامر كان يسمى مزيقيا لمزقة الثياب اذا كان ذا ثروة وكونه كان يلبس كل يوم
ثوبا جديدا فاذا امسى خلعه ومزقه لئلا يلبسه غيره فنسبه اليه فيحكم الحال في ذلك فان كان
في حال الغضب فالظاهر انه اراد به نفي النسب فيكون قذفا وان كان في حال الرضا فالظاهر
انه اراد به المدح فلم يكن قذفا ولو قال انت ابن فلان لعمه او لخاله او لزوج امه لم يكن
قذفا لان العم يسمى ابا وكذا الخال وزوج الام قال الله تعالى قالوا نعبد الهك واله
آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق كان عم يعقوب صلوات الله عليهما وقد سماه اباه وقال
الله تعالى ورفع ابويه على العرش وقيل ابيها ابوه وخالته واذا كانت الخالة اما كان
الخال ابا وقال الله تعالى ان ابني من اهلي قيل في التفسير انه ابن امراته من غيره ولو قال لست
بابن فلان لجده لم يكن قذفا لانه صادق في كلامه حقيقته لان الجد لا يسمى ابا حقيقة
بل مجازا ولو قال لعربي يا نبطي لم يكن قذفا وكذلك اذا قال لست من بني فلان
للقبيلة التي هو منها لم يكن قذفا عند عامة العلماء وقال ابن ابي ليلى يكون قذفا والصحيح
قول العامة لانه بقوله يا نبطي لم يقذفه ولكن نسبه الى غير بلده كمن قال للبلدي يا رستاقي
وكذلك اذا قال يا ابن الخياط او يا ابن الاصفر او الاسود وابوه ليس كذلك لم يكن قاذفا
بل يكون كاذبا وكذلك اذا قال يا ابن الاقطع او يا ابن الاعور وابوه ليس باقطع ولا اعور
يكون كاذبا لا قاذفا كما اذا قال للبصير يا اعمى ثم القذف بلسان العرب وغيره سواء
ويجب الحد لان معنى القذف هو النسبة الى الزنا وهذا يتحقق بكل لسان والله اعلم والثاني
ان يكون المقذوف به متصور الوجود من المقذوف فان كان لا يتصور لم يكن قذفا وعلى هذا
يخرج ما اذا قال لاخرس زنيت فجحدك او ظهرك انه لا حد عليه لان الزنا لا يتصور من هذه
الاعضاء حقيقة فكان المراد منه المجاز من طريق التشبيه كما قال صلى الله عليه وسلم العينان

تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله او يكذبه
وكذلك لو قال زنيت باصبعك يا صعك لان الزنا بالاصبع لا يتصور حقيقة ولو
قال زنا فرجك يحد لان الزنا بالفرج يتحقق كان قال زنيت بفرجك ولو قال
لامراة زنيت بفرس او حمار او بعير او ثور لا حد عليه لانه يحتمل انه اراد به تمكينها من هذه
الحيوانات لان ذلك متصور حقيقة ويحتمل انه اراد به جعل هذه الحيوانات عوضا واجرة
في الزنا فان اراد به الاول لا يكون قذفا لانها بالتمكين منها لا تصير زانية لعدم تصور
الزنا من البهيمة وان اراد به الثاني يكون قذفا كما اذا قال زنيت بالدراهم او بالدنانير
او الشيء من الامتعة فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لها زنيت بناقة او بقرة او اتان
او بكلة فعليه الحد لانه تعذر حمله على التمكين على العوض لان حروف الباء قد تستعمل في الاعواض
ولو قال ذلك لرجل لم يكن قذفا في جميع ذلك سواء كان ذكرا او انثى لانه يمكن حمله على
حقيقة الوطء ووطؤها لا يتصور ان يكون زنا فلا يكون قذفا ويمكن حمله على العوض فيكون
قذفا فوقع الاحتمال في كونه قذفا فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ومن مشايخنا من فصل
بين الذكر والانثى فقال يكون قذفا في الذكر لا في الانثى لان فعل الوطء من الرجل
يوجد في الانثى فلا يحمل على العوض ولا يوجد في الذكر فيحمل على العوض والصحيح انه
لا فرق بين الذكر والانثى لان الوطء يتصور في الصنفين في الجملة ولو قال لامراة
زنيت وانت مكرهة او معتوهة او مجنونة او نائمة لم يكن قذفا لانه نسبها الى الزنا في
حال لا يتصور منها الزنا فيها فكان كذبا لا قذفا ومثله لو قال لامه اعتقت زنيت وانت
امة او قال لكافرة اسلمت زنيت وانت كافرة يكون قذفا وعليه الحد لان في المسألة الاولى
قذفها للحال بالزنا في حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا وفي
الثانية قذفها للحال بوجود الزنا منها في حال يتصور منها الزنا وهي حال الرق والكفر
لانهما لا يمنعان وقوع الفعل زنا وانما يمنعان الاحصان والاحصان يشترط وجوده
وقت القذف لانه السبب الموجب للحد وقد وجد ولو قال لانسان لست لامك لا حد عليه
لانه كذب محض لان نفي النسب من الام لا يتصور الا ترى ان امه ولدته حقيقة وكذلك لو قال
لست لابويك لانه نفي النسب عنهما ولا ينتفي عن الام لانها ولدته فيكون كذبا بخلاف قوله
لست لابيك لان ذلك ليس بنفي لولادة الام بل هو نفي النسب عن الاب ونفي النسب عن الاب
يكون قذفا للام وكذلك لو قال لست لابيك ولست لامك في كلام موصول لم يكن قذفا
لان هذا او قوله لست لابويك سواء ولو قال لست لادم او لست لرجل او لست لانسان
لا حد عليه لانه كذب محض لان نفيه لا يحتمل الانقطاع عن هؤلاء فكان كذبا محضا لا قذفا فلا
يجب الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل يا زانية انه لا يكون قذفا عند ابي حنيفة وابي
يوسف وعند محمد يكون قذفا وجه قوله محمد ان الهاء قد تدخل صلة زائدة في الكلام قال
الله تعالى ما اغنى عني ماليه هلك عني سلطانيه ومعناه مالي وسلطاني والهاء زائدة
فيحذف الزائد ويبقى قوله يا زاني وقد تدخل في الكلام للمبالغة في الصفة كما يقال
علامة ونسابة ونحو ذلك فلا يخل به معنى القذف يدل عليه ان حذفه في نعت المراة
لا يخل بمعنى القذف حتى لو قال لامراة يا زاني يجب الحد بالاجماع فكذلك الزيادة في
نعت الرجل ولهما انه قذفه بما لا يتصور فيلغو او دليل عدم التصور انه قذفه بفعل المراة

وهو التمكين لان الهاء في الزانية هاء التانيث كالضاربة والقاتلة والسارقة ونحوها
وذلك لا يتصور من الرجل بخلاف ما اذا قال لامراة يا زاني لانه اتى بمعنى الاسم وحذف
الهاء وهاء التانيث قد تحذف في الجملة كالحايض والطالق والحامل ونحو ذلك والله اعلم
فصل واما ما يرجع الى المقذوف وهو المكان فهو ان يكون القذف في دار العدل فان
كان في دار الحرب او في دار البغي فلا يوجب الحد لان المقيم للحدود هو الائمة ولا ولاية لامام
اهل العدل على دار الحرب ولا على دار البغي فلا يقدر على الاقامة فيهما والقذف فيهما لم ينعقد
موجبا للحد حين وجوده فلا يحتمل الاستيفا بعد ذلك لان الاستيفا للواجب والله اعلم
فصل واما الذي يرجع الى نفس القذف فهو ان يكون مطلقا عن الشرط والاضافة
الى وقت فان كان معلقا بشرط او مضافا الى وقت لا يوجب الحد لان ذكر الشرط او الوقت
يمنع وقوعه قذفا للحال وعند وجود الشرط او الوقت يجعل كانه نجز القذف كما في ساير
التعليقات والاضافات فكان قاذفا تقديرا مع انعدام القذف حقيقة فلا يجب
الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال رجل من قال كذا او كذا فهو ابن الزانية فقال
رجل انا قلت انه لا حد على المبتدي لانه علق القذف بشرط القول وكذلك اذا قال
لرجل ان دخلت هذه الدار فانت زان او ابن الزانية فدخل لا حد على القايل لما قلنا وكذا
من قال لغيره انت زان او ابن الزانية غدا او راس شهر كذا فجا الغد والشهر لا حد عليه
لان اضافة القذف الى وقت يمنع تحقق القذف في الحال وفي المال على ما بينا والله اعلم بالصواب
فصل واما بيان ما يظهر به الحدود عند القاضي فنقول وبالله التوفيق الحدود كلها
تظهر بالبينة والاقرار لكن عند استجماع شرايطها اما شرايط البينة القايمة على الحد فمنها ما يعم
الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض اما الذي يعم الكل فالذكورة والاصالة فلا
تقبل فيها شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي في الحدود كلها
لتمكن زيادة شبهة فيها ذكرناها في كتاب الشهادات والحدود لا تثبت مع الشبهات
ولو ادعى القاذف ان المقذوف صدقه واقام على ذلك رجلا وامراتين جاز وكذلك الشهادة
على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي لان الشهادة ههنا قامت على اسقاط الحد
لا على اثباته والشبهة تمنع من اثبات الحد لا من اسقاطه واما الذي يخص البعض دون
البعض فمنها عدم التقادم وانه شرط في حد الزنا والسرقة وشرب الخمر وليس بشرط في حد
القذف والفرق ان الشاهد اذا عاين الجريمة فهو مخير بين اداء الشهادة حسبة لله تعالى
لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله وبين الستر على اخيه المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم
من ستر على اخيه المسلم ستر الله عليه في الاخرة فلما لم يشهد على فور المعاينة حتى تقادم العهد
دل ذلك على اختيار جهة الستر فاذا شهد بعد ذلك دل ان الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل
شهادته لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال ايما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند
حضرته فانما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم ولم ينقل انه انكر عليه منكر فيكون اجماعا فدل
قول عمر رضي الله عنه على ان مثل هذه الشهادة شهادة ضغينة وانها غير مقبولة ولان
التاخير والحالة هذه تورث تهمة ولا شهادة لمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم
بخلاف حد القذف لان التاخير ثمة لا يدل على الضغينة والتهمة لان الدعوى هناك شرط
فاحتمل ان التاخير كان لتاخير الدعوى من المدعي والدعوى ليست بشرط في الحدود الثلثة

فكان

فكان التاخير لما قلنا ويشكل على هذا فصل السرقة فان الدعوى هناك شرط ومع
هذا التقادم مانع واختلفت عبارات مشايخنا في الجواب عن هذا الاشكال فقال
بعضهم ان معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشهادة والسبب الظاهر هو كون
الحد خالص حق الله تعالى والحكم يدار على السبب الظاهر لا على الحكمة وقد وجد السبب
الظاهر في السرقة فيوجب المنع من قبول الشهادة وهذا ليس بسديد لان الاصل تعليق الحكم
بالحكمة الا اذا كانت وجه الحكمة خفيا لا يوقف عليه الا بحرج فيقام السبب الظاهر مقامه
ويجعل الحكم موجودا تقديرا وههنا يمكن الوقوف عليه من غير حرج ولم يوجد في السرقة
لما بينا فيجب ان تقبل الشهادة بعد التقادم وقال بعضهم انما لا تقبل الشهادة في السرقة
لان دعوى السرقة بعد التقادم لم يصح لان المدعي في الابتدا مخير بين ان يدعي السرقة
وينقطع طمعه عن ماله اصلا بالاقامة الحد وبين ان يدعي اخذ المال سترا على اخيه
المسلم فلما اخر دل تاخيره على اختيار جهة الستر او الاعراض عن جهة الحسبة فلما شهد بعد
ذلك فقد قصد الاعراض عن جهة الستر فلم يصح اعراضه ولم يجعل قاصدا جهة الحسبة
لانه قد كان اعرض عنها عند اختياره جهة الستر فلم يصح دعواه السرقة فلم تقبل الشهادة
على السرقة لان قبول الشهادة تقف على دعوى صحيحة فيما يشترط فيه الدعوى فبقي مدعيا
اخذ المال لا غير فتقبل الشهادة حسبة اذ التقادم لا يمنع قبول الشهادة على الاموال
بخلاف حد القذف لان المقذوف ليس بمخير بين بذل العرض وبين اقامة الحد بالدعوى
بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوى القذف فلا يتهم بالتاخير فكانت الدعوى
منه صحيحة والشيخ ابو منصور الماتريدي رحمه الله اشار الى معنى اخر في شرح الجامع الصغير
حكيته بلفظه وهو ان عادة السراق الاقدام على السرقة في حال الغفلة وانتهاز الفرصة
في موضع الخفية وصاحب الحق لا يطلع على من شهد ذلك ولا يعرفهم الا بهم وبخبرهم فاذا
كتموا الشهادة لم يعلم المدعي شهوده في غير ذلك من الحقوق ويطلبها اذا احتاج اليها فكانوا
في سعة من تاخيرها واذا بطلت الشهادة على السرقة بالتقادم قبلت في حق المال لان
بطلانها في حق الحد لتمكن الشبهة فيها والحد لا يثبت مع الشبهة واما المال فيثبت معها ثم التقادم
انما يمنع قبول الشهادة في الحدود الثلثة اذا كان التقادم في التاخير من غير عذر ظاهر
فاما اذا كان لعذر ظاهر بان كان المشهود عليه في موضع ليس فيه حاكم فحمل الى بلد فيه حاكم فشهدوا
عليه جازت شهادتهم وان تاخرت لان هذا موضع العذر فلا يكون التقادم فيه مانعا ثم لم
يقدر ابو حنيفة رحمه الله للتقادم تقديرا وفوض ذلك الى اجتهاد كل حاكم في زمانه
فانه روي عن ابي يوسف انه قال كان ابو حنيفة لا يوقت في التقادم شيا بانه ان يوقت فابى
وابو يوسف ومحمد قدراه بشهر ان كان شهرا او اكثر فهو متقادم وان كان دون شهر فليس
بمتقادم لان الشهر ادنى الاجل فكان ما دونه في حكم العاجل ولابي حنيفة رحمه الله ان التاخير
قد يكون لعذر والاعذار في اقتضا التاخير مختلفة فتعذر التوقيت فيفوض الى اجتهاد
القاضي فيما يعده ابطاء وما لا يعده واذا لم تقبل شهادة الشهود بالتقادم هل يحدون
حد القذف فحكى الحسن بن زياد انهم يحدون وتاخرهم محمول على اختيار جهة الستر فخرج كلامهم
عن كونه شهادة فبقي قذفا فيوجب الحد وقال الكرخي الظاهر انه لا يجب عليهم الحد وهكذا
ذكر القاضي في شرحه انه لا حد عليهم لان تاخرهم وان اورث تهمة وشبهة في الشهادة فاصل الشهادة

قيام الرائحة شرط في الاداء

باق فلما اعتبرت الشبهة في اسقاط حد الزنا عن المشهود فلان يعتبر حقيقة التهمة
لاسقاط حد القذف عن الشهود اولى ومنها قيام الرائحة وقت اداء الشهادة
في حد الشرب في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ليس بشرط والحجج تاتي في
موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدد الاربع في الشهود في حد الزنا لقوله
تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقوله
والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقوله لولا جاءوا عليه باربعة شهداء
ولان الشهادة احد نوعي الحجة فيعتبر بالنوع الاخر وهو الاقرار وهناك عدد
الاربع شرط كذا ههنا بخلاف سائر الحدود فان عدد الاربع في الشهادة ثبت
معدولا به عن القياس بالنص والنص ورد في الزنا خاصة فان شهد على الزنا اقل من
اربعة لم تقبل شهادتهم لنقصان العدد المشروط وهل يحدون حد القذف
قال اصحابنا يحدون وقال الشافعي اذا جاءوا مجيء الشهود لم يحدوا وعلى هذا الخلاف
اذا شهد ثلثة وقال الرابع رايتهما في لحاف واحد ولم يزد عليه انه يحد الثلثة عندنا
ولا حد على الرابع لانه لم يقذف الا اذا كان قال في الابتداء اشهد انه قد زنى ثم فسر
الزنا بما ذكر فحينئذ يحد وجه قول الشافعي انهم اذا جاءوا مجيء الشهود كان قصدهم اقامة
الشهادة حسبة لله تعالى لا القذف فلم يكن فعلهم جناية فلم يكن قذفا ولنا ما روي
ان ثلثة شهدوا على مغيرة بالزنا فقام الرابع وقال رايت اقداما بادية ونفسا عاليا
وامرا منكرا ولا اعلم ما وراء ذلك فقال عمر رضي الله عنه الحمد لله الذي لم يفضح رجلا من
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحد الثلثة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
ولم ينقل انه انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان الموجود من الشهود كلام قذف حقيقة اذ
القذف هو النسبة الى الزنا وقد وجد من الشهود حقيقة فيدخلون تحت اية القذف
الا انا اعتبرنا بتمام عدد الاربع اذا جاءوا مجيء الشهود فقصدوا اقامة الحسبة واحيا
حق الله تعالى فخرج كلامهم عن كونه قذفا وصار شهادة شرعا فعند النقصان بقي قذفا
حقيقة فيوجب الحد ولو شهد ثلثة على الزنا وشهد رابع على شهادة غيره حد الثلثة لان
شهادتهم صارت قذفا لنقصان العدد ولا حد على الرابع لانه لم يقذف بل حكى قذف
غيره ولو علم ان احد الاربع عبد او مكاتب او صبي او اعمى او محدود في قذف حدوا جميعا
لان الصبي والعبد ليس لهما اهلية الشهادة اصلا وراسا فانتقص العدد وصار كلامهم
قذفا والاعمى والمحدود في القذف ليست لهم اهلية الشهادة وان كانت لهم اهلية الشهادة
تحملا وسماعا فقصرت اهليتهما للشهادة فانتقص العدد وصار كلامهم قذفا سواء علم ذلك
قبل القضاء او بعد القضاء قبل الامضاء وان علم ذلك بعد الامضاء فان كان الحد جلدا فكذلك
يحدون ولا يضمنون ارش الضرب في قول ابي حنيفة وعندهما يجب في بيت المال
على ما ذكرنا في كتاب الرجوع عن الشهادات وان كان رجما لا يحدون لانه تبين ان كلامهم
وقع قذفا لميت ... فقذف حيا ثم مات المقذوف سقط الحد وتكون الدية في بيت المال
لان الخطا حصل من القاضي وخطا القاضي على بيت المال لانه عامل لعامة المسلمين وبيت المال
مال المسلمين ولو شهد الزوج وثلثة نفر حد الثلثة ولاعن الزوج امراته لان قذف الزوج
يوجب اللعان لا الحد فانتقص العدد في حق الباقين فصار كلامهم قذفا فيحدون حد القذف

ولو

ولو علم ان الشهود الاربع عبيد او كفار او محدودون في قذف او عميان يحدون
حد القذف وان علم انهم فساق لا يحدون والفرق ما ذكرنا ان العبد والكافر
لا شهادة لهما اصلا والاعمى والمحدود في القذف لهم شهادة سماعا وتحملا لا اداء فكان
كلامهم قذفا والفاسق له شهادة على اصل اصحابنا رحمهم الله سماعا واداء فكان كلام الفساق
شهادة لا قذفا فلا يحدون حد القذف والله اعلم ولو ادعى المشهود عليه ان احد الشهود
الاربعة عبد فانه يقول للشاهد ... اقم البينة انه حر لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال الناس
احرار الا في اربع الشهادة والقصاص والعقل والحدود والمعنى فيه نحو ما ذكرنا في
غير موضع ومنها اتحاد المجلس وهو ان يكون الشهود مجتمعين في مجلس واحد عند اداء
الشهادة فان جاءوا متفرقين يشهدون واحدا بعد واحد لا تقبل شهادتهم ويحدون
وان كثروا لما ذكرنا ان كلامهم قذف حقيقة وانما يخرج عن كونه قذفا شرعا بشرط ان يكونوا
مجتمعين في مجلس واحد وقت اداء الشهادة فاذا انعدمت هذه الشريطة بقي قذفا
فيوجب الحد حتى لو جاءوا مجتمعين او متفرقين وقعدوا في موضع الشهود في ناحية من المسجد
ثم جاء واحد بعد واحد وشهد جازت شهادتهم لوجود اجتماعهم في مجلس واحد وقت
الشهادة اذ المسجد كله مجلس واحد وان كانوا خارجين من المسجد فجاء واحد منهم ودخل المسجد
وشهد ثم جاء الثاني والثالث والرابع يضربون الحد وان كانوا مثل ربيعة ومضر هكذا روي
عن عمر رضي الله عنه انه قال لو جاء ربيعة ومضر فرادى لحددتهم عن اخرهم وانما قال ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه احد منهم فيكون اجماعا منهم ومنها ان يكون
المشهود عليه بالزنا ممن يتصور منه الوطء فان كان ممن لا يتصور كالمجبوب لا تقبل شهادتهم
ويحدون حد القذف وان كان المشهود عليه خصيا او عنينا قبلت شهادتهم ويحد لتصور
الزنا منهما لقيام الالة بخلاف المجبوب ومنها ان يكون المشهود عليه بالزنا ممن يقدر
على دعوى الشبهة فان كان ممن لا يقدر كالاخرس لا تقبل شهادتهم لاحتمال انه لو
كان قادرا لادعى شبهة ولو كان المشهود عليه بالزنا اعمى قبلت شهادتهم لان الاعمى قادر
على دعوى الشبهة لو كانت عنده شبهة ولو شهدوا بالزنا ثم قالوا تعمدنا النظر الى فرجها
لا تبطل شهادتهم لان اداء الشهادة لا بد له من التحمل ولا بد للتحمل من النظر الى عين الفرج
ويباح لهم النظر اليها لقصد اقامة الحسبة كما يباح للطبيب لقصد المعالجة ولو قالوا نظرنا
مكررا بطلت شهادتهم لانه سقطت عدالتهم ومنها اتحاد المشهود به وهو ان يجتمع الشهود
الاربع على فعل واحد فان اختلفوا لا تقبل شهادتهم وعلى هذا يخرج ما اذا شهد اثنان
انه زنى بها في مكان كذا وشهد اخران انه زنى بها في مكان اخر والمكانان متباينان بحيث يمتنع
ان يقع فيهما فعل واحد عادة كالبلدتين والدارين والبيتين لا تقبل شهادتهم ولا حد
على المشهود عليه لانهم شهدوا بفعلين مختلفين لاختلاف المكانين وليس على احدهما شهادة
الاربع ولا حد على الشهود ايضا عند اصحابنا وعند زفر يحدون وجه قوله ان عدد الشهود
قد انتقص لان كل فريق شهد بفعل غير الذي شهد به الفريق الاخر ونقصان عدد الشهود
يوجب صيرورة الشهادة قذفا كما لو شهد ثلثة بالزنا ولنا ان المشهود به لم يختلف
عند الشهود لان عندهم ان هذا زنا واحد وانما وقع اختلافهم في المكان فيثبت شهادتهم
شبهة اتحاد الفعل فيسقط الحد وعلى هذا اذا اختلفوا في الزمان فشهد اثنان انه زنى

بها في يوم كذا واثنان في يوم اخر ولو شهد اثنان انه زنى في هذه الزاوية من البيت
وشهد اثنان انه زنى في زاوية اخرى منه لا تقبل لانتقالها واضطرابها فلم يختلف المشهود به
فتقبل شهادتهم حتى لو كان البيت كبيرا لا تقبل لانه يكون بمنزلة البيتين ولو شهد اربعة
بالزنا بامراة فشهد اثنان انه استكرهها واثنان انها طاوعته لا حد على المراة بالاجماع
لان الحد لا يجب الا بالزنا طوعا ولم يثبت الطواعية في حقها واما الرجل فلا حد عليه ايضا
عند ابي حنيفة وعندهما يحد ان زنا الرجل عن طوع ثبت بشهادة الاربع الا انه
تفرد اثنان منهم باثبات زيادة الاكراه منه وانه لا يمنع وجوب الحد كما لو زنا بها مستكرهة
ولابي حنيفة ان المشهود به قد اختلف لان فعل المكره وهو غير فعل من ليس بمكره وقد شهدوا
بفعلين مختلفين وليس على احدهما شهادة الاربع فلا يحد المشهود عليه ولا الشهود عند اصحابنا
الثلاثة خلافا لزفر وقد مر الكلام فيه في اختلافهم في المكان والزمان والله اعلم وجه قولهما
اذا اجتمعوا شرائط صحة الشهادة وشهدوا عند القاضي سالهم القاضي عن الزنا ما هو وكيف
هو ومتى زنا واين زنا وبمن زنا اما السوال عن ماهية الزنا فلانه يحتمل انهم ارادوا به غير الزنا
المعروف لان اسم الزنا يقع على انواع لا يوجب الحد قال النبي صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان
واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله او يكذب واما السوال
عن الكيفية فلانه يحتمل انهم ارادوا به الجماع فيما دون الفرج لان ذلك يسمى جماعا حقيقة او مجازا
ولانه لا يوجب الحد واما السوال عن الزمان فلانه يحتمل انهم شهدوا بزنا متقادم
والتقادم يمنع قبول الشهادة بالزنا واما السوال عن المكان فلانه يحتمل انه زنى في دار
الحرب او في دار البغي وانه لا يوجب الحد ولو شهد السوال عن المزني بها فلانه يحتمل ان يكون
الموطوءة ممن لا يجب الحد بوطئها كجارية الابن وغير ذلك فاذا سالهم القاضي عن هذه الجملة
فوصفوا سال المشهود عليه اهو محصن ام لا فان انكر الاحصان وشهد على الاحصان رجلان
او رجل وامراتان على الاختلاف سال الشهود عن الاحصان ما هو لان شرائطه يجوز ان يخفى
على الشهود فاذا وصفوا قضى بالرجم ولو شهدت بينة الاحصان انه جامعها او باضعها صار محصنا
لان هذا اللفظ في العرف يستعمل في الوطي في الفرج ولو شهدوا انه دخل بها صار محصنا وهذا
وقول جامعها سواء في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يصير محصنا وجه قوله
ان هذا اللفظ يستعمل في الوطي ويستعمل في الزفاف فلا يثبت الاحصان مع الاحتمال
ولهما ان الدخول بالمراة في عرف اللغة والشرع يراد به الوطي قال الله تعالى وربائبكم اللاتي
في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن حرم الربيبة بشرط الدخول بامها فعلم ان المراد من الدخول
هو الوطي لانها لا تحرم بمجرد نكاح الام من غير وطي وذكر القاضي في شرح الاختلاف على القلب
فقال على قول ابي يوسف لا يصير محصنا ما لم يصرح بالوطي وعلى قول محمد يصير محصنا ومنها
على الدخول وكان له منها ولد فهو محصن بالاجماع وكفى بالولد شاهدا والله اعلم واما شرائط
الاقرار بالحد فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض اما الذي
يعم الحدود كلها فمنها البلوغ فلا يصح اقرار الصبي في شيء من الحدود لان سبب وجوب الحد
لا بد وان يكون جناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية فكان اقراره كذبا محضا ومنها
النطق وهو ان يكون الاقرار بالخطاب والعبارة دون الكتاب والاشارة حتى ان
الاخرس لو كتب الاقرار في كتاب او اشار اليه باشارة معلومة لا حد عليه لان الشرع علق

وجوب الحد

وجوب الحد بالبيان المتناهي الا ترى انه لو اقر بالوطي الحرام لا يقام عليه الحد ما لم يصرح بالزنا
والبيان لا يتناهى الا بالتصريح والكتابة والاشارة بمنزلة الكناية فلا يوجب الحد واما
البصر فليس بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار الاعمى في الحدود كلها بالبينة لان العمى لا يمنع
مباشرة سبب وجوبها وكذا الحرية والاسلام والذكورة ليست بشرط حتى يصح اقرار الرقيق
والذمي والمراة في جميع الحدود وعند زفر لا يصح اقرار العبد بشيء من اسباب الحدود من غير تصديق
المولى والكلام في الطريق على نحو ما ذكرنا في كتاب السرقة والله اعلم واما الذي يخص
البعض دون البعض فمنها عدد الاربع في حد الزنا خاصة وهو ان يقر اربع مرات وهذا عندنا
وعند الشافعي ليس بشرط ويكتفى باقراره مرة واحدة وجه قوله ان الاقرار انما صار حجة
في الشرع لرجحان جانب الصدق فيه على جانب الكذب وهذا المعنى عند التكرار والتوحد
سواء لان الاقرار اخبار والخبر لا يزيد رجحانا بالتكرار ولهذا لم يشترط في سائر الحدود بخلاف
عدد المثنى في الشهادة لان ذلك يوجب زيادة على ظن فيها الا ان شرط العدد الاربع في
باب الزنا تعبد فيقتصر على موضع التعبد ولنا ان القياس ما قاله الا انا تركنا القياس
بالنص وهو ما روي ان ماعزا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واقر بالزنا فاعرض عنه
بوجهه ثم جاء واقر فاعرض عنه بوجهه هكذا الى الاربع فلو كان الاقرار مرة مظهرا للحد
لما اخره الى الاربع لان الحد بعد ما ظهر وجوبه للامام لا يحتمل التاخير واما العدد في الاقرار
بالقذف فليس بشرط بالاجماع وهل يشترط في الاقرار بالسرقة والشرب والسكر قال ابو حنيفة
ليس بشرط وقال ابو يوسف شرط والاصل عند ابي يوسف ان كل ما يسقط بالرجوع يعتبر الاقرار
فيه بعدد الشهود وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله ان عند ابي يوسف يشترط الاقرار مرتين
في مكانين وجه قوله ان حد السرقة والشرب والسكر خالص حق الله تعالى كحد الزنا فيلزم
مراعاة الاحتياط باشتراط العدد كما في الزنا الا انه يكتفى ههنا بالمرتين ويشترط الاربع
هناك استدلالا بالبينة لان السرقة والشرب كل واحد منهما يثبت بنصف ما يثبت به الزنا
وهو شهادة شاهدين فكذا بالاقرار ولهما ان الاصل ان لا يشترط التكرار في الاقرار
لما ذكرنا انه اخبار والخبر لا يزداد بتكرار الخبر وانما عرفنا عدد الاربع في باب الزنا بالنص
غير معقول المعنى فيقتصر على مورد النص ومنها عدد المجالس فيه وهو ان يقر اربع مرات
في اربع مجالس واختلف المشايخ انه يعتبر مجالس القاضي او مجالس المقر والصحيح انه يعتبر
مجالس المقر وهكذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر مجالس المقر لان النبي صلى الله عليه وسلم
اعتبر اختلاف مجالس ماعز حيث كان يخرج من المسجد في كل مرة ثم يعود ومجلس رسول الله صلى الله
عليه وسلم لم يختلف وقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله في تفسير اختلاف مجالس المقر هو ان يقر مرة
ثم يذهب حتى يتوارى عن بصر القاضي ثم يجيء فيقر ثم يذهب هكذا اربع مرات ومنها ان
يكون اقراره بين يدي الامام فان كان عند غيره لم يجز اقراره لان اقرار ماعز كان بين يدي
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو اقر في غير مجلس القاضي وشهد الشهود على اقراره لا تقبل شهادتهم
لانه ان كان مقرا فالشهادة لغو لان الحكم للاقرار لا للشهادة وان كان منكرا فالانكار
منه رجوع والرجوع عن الاقرار في الحدود الخالصة حقا لله تعالى صحيح ومنها الصحو في الاقرار
بالزنا والسرقة والشرب والسكر حتى لو كان سكرانا لا يصح اقراره اما على اصل ابي حنيفة فلان
السكران من صار بالشرب الى حالة لا يعقل قليلا ولا كثيرا فكان زوال عقله مستورا حقيقة

وأما على أصلهما فلأنه إذا غلب الهذيان على كلامه فقد ذهبت منفعة العقل ولهذا
لم يصح ردته فيورث ذلك شبهة في وجوب الحد وليس بشرط في الإقرار بالحدود والقصاص
لأن القصاص خالص حق العبد وللعبد حق في حد القذف فيصح مع السكر كالإقرار بالمال
وسائر الحقوق وإذا صحا فإن دام على إقراره تقام عليه الحدود كلها وإن أنكر فالإنكار
منه رجوع فيصح في الحدود الخالصة وهو حد الزنا والشرب والسرقة في حق القطع ولا يصح
في القذف والقتل العمد والله أعلم **ومنها** أن يكون الإقرار بالزنا ممن يتصور وجود
الزنا منه فإن كان لا يتصور كالمجبوب لا يصح إقراره لأن الزنا لا يتصور منه لانعدام الآلة
ويصح إقرار الخصي والعنين لتصور الزنا منهما لتحقق الآلة والذي يجن ويفيق إذا أقر في حال
إفاقته فهو مثل الصحيح لأنه في حال إفاقته صحيح ومنها أن يكون المقر به في الإقرار بالزنا
ممن يقدر على دعوى الشبهة فإن لم يكن بأن أقر رجل أنه زنا بامرأة خرساء أو أقرت امرأة
أنها زنت بأخرس لم يصح إقراره لأن من الجائز أنه لو كان يقدر على النطق لادعى النكاح أو
أنكر الزنا ولم يدع شيئا فيندرئ عنه الحد لما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى **وأما** حضرة
المقر بها في الإقرار بالزنا والشهادة عليه فليست بشرط حتى لو أقر أنه زنا بامرأة غائبة
أو شهد عليه الشهود بالزنا بامرأة غائبة صح الإقرار وقبلت الشهادة ويقام الحد على الرجل
لأن الغائبة بالغيبة ليس إلا الدعوى وإنها ليست بشرط ولهذا رجم ماعز من غير شرط حضور
تلك المرأة وكذلك العلم بالمزني بها ثم إذا صح إقراره بالزنا بامرأة غائبة يعرفها أو لا يعرفها
تحضر المرأة فلا يخلو إما أن حضرت قبل إقامة الحد على الرجل وإما أن حضرت بعد الإقامة
فإن حضرت بعد الإقامة فإن أقرت بمثل ما أقر الرجل تحد أيضا كما حد الرجل وإن أنكرت
وادعت على الرجل حد القذف لا يحد الرجل حد القذف لأنه لا يجب عليه حدان وكذا أقيم
أحدهما فلا يقام الآخر وإن حضرت قبل إقامة الحد على الرجل فإن أنكرت الزنا وادعت
النكاح أو لم تدع وادعت حد القذف على الرجل أو لم تدع فحكمه نذكره في موضعه إن شاء
الله تعالى **والعلم بالمزني** بها ليس بشرط لصحة الإقرار حتى لو قال زنيت بامرأة ولا أعرفها
صح إقراره ويحد والعلم بالشهود شرط لصحة الشهادة حتى لو شهد الشهود على رجل أنه زنا
بامرأة وقالوا لا نعرفها لا تقبل شهادتهم ولا يقام الحد على المشهود عليه والفرق أن
المعرفة في الإقرار على يقين الأمر على حقيقة الحال خصوصا في الزنا فكان إقراره إخبارا
عن وجود الزنا منه حقيقة إلا أنه لم يعرف اسم المرأة ونسبها وذا لا يورث شبهة فأما
الشاهد فإنه يشهد مبني الأمر على الظاهر لا على الحقيقة لقصور علمه عن الوصول إلى
الحقيقة فقولهم لا نعرف تلك المرأة يورث شبهة لجواز أنها امرأته أو امرأة له فيها شبهة حل
أو ملك فيثبت الفرق والله أعلم وأما عدم التقادم فهل هو شرط لصحة الإقرار بالحد أما في حد
القذف فليس بشرط لأنه ليس بشرط لقبول الشهادة فأولى أن لا يكون شرطا لصحة الإقرار
وكذلك في حد الزنا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر شرط كما في الشهادة ولنا الفرق بين
الإقرار والشهادة وهو أن المانع في الشهادة تمكن التهمة والضغينة وهذا لا يوجب الحد في
الإقرار لأن الإنسان غير متهم في الإقرار على نفسه وكذا في حد السرقة لما قلنا **وأما** في حد
الشرب فشرط عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ليس بشرط بناء على أن قيام الرائحة
شرط صحة الإقرار والشهادة عندهما ولهذا لا يبقى مع التقادم وعنده ليس بشرط ولو لم يتقادم

العبد

العهد ولكن ريحها لا يوجد منه لم يصح الإقرار عندهما خلافا له **وجه** قول محمد أن
حد الشرب ليس بمنصوص عليه في الكتاب والسنة وإنما عرف بإجماع الصحابة رضي الله عنهم
وإجماعهم لا ينعقد بدون عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ولم يثبت فتواه عند زوال
الرائحة فإنه روي أن رجلا جاء بابن أخ له إلى عبد الله بن مسعود فاعترف عنده بشرب الخمر
فقال عبد الله بئس ولي اليتيم أنت لا أدبته صغيرا ولا سترت عليه كبيرا ثم قال تلتلوه ومزمزوه
واستنكهوه فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه أفتى بالحد عند وجود الرائحة ولم يثبت
فتواه عند عدمها وإذا لم يثبت فلا ينعقد الإجماع بدونه فلا يجب الحد بدونه لأن وجوبه
بالإجماع ولا إجماع ثم إنما يعتبر الرائحة إذا لم يكن سكران فأما إذا كان سكرانا فلا لأن السكر
أدل على الشرب من الرائحة وكذلك لو جيء به من مكان بعيد لا تبقى الرائحة بالمجيء من مثله عادة
يحد وإن لم توجد الرائحة للحال لأن هذا موضع العذر فلا يعتبر قيام الرائحة فيه والله أعلم
وإذا أقر الإنسان بالزنا عند القاضي ينبغي أن يظهر الكراهة أو يطرده وكذا في المرة
الثانية والثالثة هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بماعز وكذا روي عن عمر رضي الله عنه
أنه قال أطردوا المعترفين أي بالزنا فإذا أقر أربعا نظر في حاله أهو صحيح العقل أم به آفة
هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لماعز أبك خبل أبك جنون وبعث إلى قومه فسألهم
عن حاله فإذا عرف أنه صحيح العقل سأله عن ماهية الزنا وعن كيفيته وعن مكانه وعن المزني
بها لما ذكرنا في الشهادة ولا يسأله عن الزمان لأن السؤال عن الزمان لمكان احتمال
التقادم والتقادم لا يقدح في الإقرار وإنما يقدح في الشهادة ويجوز أن يسأله عن
الزمان أيضا لاحتمال أنه زنا في حال الصغر فإذا بين ذلك سأله عن حاله أهو محصن
أم لا لأن حكم الزنا يختلف بالإحصان وعدمه فإن قال أنا محصن سأله عن ماهية الإحصان
إذ ما هو لأنه عبارة عن اجتماع شرائط لا يقف عليها كل أحد فإذا بين رجمه **وأما علم** القاضي
فلا يظهر به حد الزنا والشرب والسكر والسرقة حتى لا يقضي بشيء من ذلك بعلمه لكن يقضي
بالمال في السرقة لأن القاضي يقضي بعلمه في الأموال سواء علم بذلك قبل زمان القضاء
ومكانه أو بعدهما بلا خلاف بين أصحابنا وسواء علم بذلك معاينة بأن رأى إنسانا يزني
أو يشرب أو يسرق أو بسماع الإقرار به في غير مجلسه الذي يقضي فيه بين الناس فإن كان أقر به
في مجلس القضاء لزمه موجب إقراره إذ لو لم يقبل إقراره لاحتاج القاضي إلى أن يكون
معه جماعة على الإقرار في كل حادثة وإجماع الأمة بخلافه والله أعلم ويظهر به حد القذف
في زمان القضاء ومكانه كالقصاص وسائر الحقوق والأموال بلا خلاف بين أصحابنا
وإنما اختلفوا في ظهور ذلك بعلمه في غير زمان القضاء ومكانه وقد ذكرنا جملة ذلك
بدلائله في كتاب أدب القاضي ولا يظهر حد السرقة بالنكول لكنه يقضي بالمال لأن النكول
إما بذل وإما إقرار فيه شبهة العدم والحد لا يحتمل البذل ولا يثبت بالشبهة والمال يحتمل البذل
والثبوت بالشبهة **وأما** الخصومة فهل هي شرط لثبوت الحد بالشهادة والإقرار فلا خلاف
في أنها ليست بشرط في حد الزنا والشرب لأنهما خالص حق الله تعالى والخصومة ليست بشرط
في الحدود الخالصة لله تعالى لأنها تقام حسبة لله تعالى فلا يتوقف ظهورها على دعوى
العبد ولا خلاف في حد السرقة أن الخصومة فيها شرط الظهور بالشهادة لأن حد السرقة
وإن كان حقا لله تعالى خالصا لكن هذا الحق لا يثبت إلا بعد كون المسروق ملكا لمسروق منه

ولا يظهر ذلك الا بالخصومة وفي كونها شرط الظهور بالاقرار خلاف ذكرناه في كتاب
السرقة ولا خلاف ايضا في انها شرط الظهور بالشهادة على القذف والاقرار به اما
على اصل الشافعي فلانه خالص حق العبد فتشترط فيه الدعوى كما في سائر الحقوق العباد
وعندنا حق الله تعالى وان كان هو الغالب فيه لكن للعبد فيه حق لانه ينتفع به بصيانة
عرضه عن الهتك فتشترط فيه الدعوى عن هذه الجهة واذا عرف ان الخصومة في حد
القذف شرط كون البينة والاقرار مظهرين فيه فيقع الكلام في موضعين احدهما في بيان
الاحكام التي تتعلق بالدعوى والخصومة والثاني في بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها
اما الاول فنقول ولا قوة الا بالله الافضل للمقذوف ان يترك الخصومة لان فيها اشاعة
الفاحشة وهو مندوب الى تركها وكذا العفو عن الخصومة والمطالبة التي هي حقها من باب
الفضل والكرامة وقد قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم
واذا رفع الى القاضي يستحسن للقاضي ان يقول قبل الاثبات بالبينة اعرض عن هذا لانه ندب
الى الستر والعفو وكل ذلك حسن واذا لم يترك الخصومة وادعى القذف على القاذف ولا بينة
للمدعي فاراد استحلافه بالله ما قذفه هل يحلف ذكر الكرخي انه لا يحلف عند اصحابنا
خلافا للشافعي وذكر في ادب القاضي انه يحلف في ظاهر الرواية عندنا واذا نكل يقضي
عليه بالحد وقال بعضهم يحلف اذا يحلف واذا نكل يقضى عليه بالتعزير لا بالحد وهذه الاقاويل
ترجع الى اصل وهو ان عند الشافعي حد القذف خالص حق العبد فيجري فيه الاستحلاف
كما في سائر حقوق العباد واما على اصل اصحابنا ففيه حق الله تعالى وحق للعبد فمن قال منهم
انه يحلف ويقضى بالحد عند النكول اعتبر ما فيه من حق العبد فالحقه في التحليف بالتعزير
ومن قال منهم انه لا يحلف اصلا اعتبر حق الله تعالى فيه لانه الغالب فالحقه بسائر حقوق
الله تعالى الخالصة والجامع ان المقصود من الاستحلاف هو النكول وانه على اصل ابي
حنيفة رحمه الله بدل والحد لا يحتمل البدل وعلى اصلهما اقرار فيه شبهة العدم لانه ليس بصريح
اقرار بل هو اقرار بطريق السكوت فكان فيه شبهة العدم والحد لا يثبت بدليل فيه شبهة العدم
ومن قال منهم انه يحلف ويقضى بالتعزير عند النكول دون الحد اعتبر حق العبد في الاستحلاف
كالتعزير واعتبر حق الله تعالى في المنع من اقامة الحد عند النكول كسائر الحدود ومثل هذا جائز
كحد السرقة انه يجري فيه الاستحلاف ولا يقضى عند النكول بالحد ولكن يقضى بالمال
وكما قال ابو يوسف ومحمد في القصاص في الطرف والنفس انه يحلف وعند النكول لا يقضى
بالقصاص بل بالدية على ما عرف وان قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر على قذفه يحبس
المدعى عليه القذف الى قيام الحاكم من مجلسه والمراد من الحبس الملازمة اي يقال للمدعي لازمه
الى هذا الوقت فان احضر البينة فيه والا خلي سبيله ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه هذا قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يؤخذ منه الكفيل ولا يحبس وهذا بناء على ان الكفالة
في الحدود غير جائزة عند ابي حنيفة رحمه الله حيث قال في الكتاب ولا كفالة في حد
ولا قصاص وقال ابو يوسف ومحمد يكفل ثلاثة ايام وذكر الجصاص في تفسير قول ابي
حنيفة ان معناه لا يؤخذ الكفيل في الحدود والقصاص جبرا فاما اذا تبذل من نفسه
واعطى الكفيل فهو جائز بالاجماع فظاهر اطلاق الكتاب يدل على عدم الجواز عنده
لان كلمة النفي اذا دخلت على الافعال الشرعية يراد بها نفي الجواز من الاصل كما في قوله

عليه السلام لا صلاة الا بطهور ولا نكاح الا بشهود ونحو ذلك وجه قولهما ان الحبس جائز
في الحدود فالكفالة اولى لان معنى الوثيقة في الحبس ابلغ منه فلما جاز الحبس فالكفالة احق
بالجواز ولابي حنيفة رحمه الله ان الكفالة شرعت للاستيثاق والحدود مبناها على الدرء والاسقاط
قال النبي صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم فلا يناسبها الاستيثاق بالكفالة
بخلاف الحبس فان الحبس للتهمة مشروع روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس
رجلا بالتهمة وقد ثبتت التهمة في هذه المسألة بقوله لي بينة حاضرة في المصر فجاز
الحبس فاذا اقام المدعي شاهدين لا يعرفهما القاضي اي لم يظهر عدالتهما يحبس
بلا خلاف ولا يؤخذ منه كفيل وان اقام شاهدا واحدا عدلا يحبس عند ابي حنيفة
وعندهما لا يحبس ويؤخذ منه كفيل وجه قولهما ان الحق لا يظهر بقول الواحد وان
كان عدلا فالحبس يكون بخلاف الشاهدين فان سبب ظهور الحق قد وجد وهو كمال
عدد الحجة الا انه يوقف الظهور لتوقف ظهور العدالة فيثبت الشبهة فيحبس وجه
قول ابي حنيفة ان قول الشاهد الواحد وان كان لا يوجب الحق فانه يوجب التهمة
وحبس المتهم جائز ولو قال المدعي لا بينة لي او بينتي غائبة او خارج المصر لا يحبس بالاجماع
لعدم التهمة فان قامت البينة للمقذوف على القذف او اقر القاذف به فان القاضي
يقول له اقم البينة على صحة قذفك فان اقام اربعة من الشهود على معاينة الزنا من
المقذوف او على اقراره بالزنا سقط الحد عن القاذف ويقام حد الزنا على المقذوف
وان عجز عن اقامة البينة حد القذف على القاذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وان طلب التأجيل من القاضي وقال
شهودي غيب او خارج المصر لم يؤجله ولو قال شهودي في المصر اجله الى اخر المجلس
ولازمه المقذوف ويقال له ابعث احدا الى شهودك فاحضرهم ولا يؤخذ منه كفيل
بنفسه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يؤجل يومين او ثلاثة ويؤخذ منه
الكفيل وجه قولهما انه يحتمل ان يكون صادقا في اخباره ان له بينة في المصر وربما لا يمكنه
الاحضار في ذلك المجلس فيحتاج الى التأخير الى المجلس الثاني واخذ الكفيل لئلا يفوت
حقه عسى ولابي حنيفة ان في التأجيل الى المجلس الثاني منعا من استيفاء الحد بعد ظهوره
وهذا لا يجوز بخلاف التأخير الى اخر المجلس لان ذلك القدر لا يعد تأجيلا ولا منعا
من استيفاء الحد بعد ظهوره وروي عن محمد انه اذا ادعى ان له بينة حاضرة في المصر ولم
يوجد احد يبعثه الى الشهود فان القاضي يبعث معه من الشرط من يحفظه ولا يتركه
حتى يفر فان لم يجد ضرب الحد ولو ضرب بعض الحد ثم اقام القاذف البينة على صدق
مقالته قبلت بينته وسقطت بقية الجلدات ولا تبطل بها شهادته ويقام حد الزنا
على المقذوف كما لو اقامها قبل ان يضرب الحد اصلا ولو ضرب الحد بتمامه ثم اقام البينة
على زنا المقذوف قبلت بينته وظهر اثر القبول في جواز شهادة القاذف وان لا يصير
مردود الشهادة لانه تبين انه لم يكن محدودا في القذف حقيقة حيث تبين ان المقذوف
لم يكن محصنا لان من شرائط الاحصان العفة عن الزنا وقد ظهر زناه بشهادة الشهود
فلم يصر القاذف مردود الشهادة ولا يظهر اثر قبول هذه الشهادة في اقامة حد
الزنا على المقذوف لان معنى القذف قد تقرر باقامة الحد على القاذف ولو قذف رجلا

فقال يا ابن الزانية ثم ادعى القاذف ان ام المقذوف امة او نصرانية والمقذوف
يقول هي حرة مسلمة فالقول قول القاذف وعلى المقذوف البينة على الحرية والاسلام
وكذلك لو قذف انسانا في نفسه ثم ادعى القاذف ان المقذوف عبد فالقول قول القاذف
وكذلك لو قال القاذف انا عبد وعلي حد العبيد وقال المقذوف انت حر فالقول قول
القاذف لان الظاهر وان كان هو الحرية والاسلام لان دار الاسلام دار الاحرار لكن
الظاهر لا يصلح للالزام على الغير فلا بد من الاثبات بالبينة وروي عن ابي يوسف فيمن قذف
امرأة رجل فان كان القاضي يعرف ام حرة مسلمة جلد القاذف لان الحرية والاسلام يثبتان
بالبينة فبعلم القاضي اولى لانه فوق البينة ولان الحرية والاسلام من شرايط الاحصان
والاحصان شرط الوجوب والقاضي يقضي بعلمه بسبب وجوب هذا الحد فلان يقضي
بعلمه بشرط الوجوب اولى فان لم يعلم القاضي حبسه في السجن حتى ياتي بالبينة لانه ظهر
منه القذف وانه يوجب العقوبة سوا كان المقذوف امه حرة او امة لجاز ان يستوثق
منه بالحبس وان لم تقم بينة اخذ منه كفيلا او اخرج واخذ الكفيل على مذهبهما فاما على مذهب
ابي حنيفة فلا يوخذ الكفيل على ما بينا ولا يعزره لان التعزير من القاضي حكم بابطال
احصان المقذوف لان قذف المحصن يوجب الحد لا التعزير ولا يجوز الحكم بابطال الاحصان
ولو شهد شاهدان على القذف واختلفا في مكان القذف او زمانه بان شهد احدهما
انه قذفه في مكان كذا وشهد الاخر انه قذفه في مكان اخر او شهد احدهما انه قذفه يوم
الخميس وشهد الاخر انه قذفه يوم الجمعة قبلت شهادتهما ووجب الحد عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد لا تقبل وجه قولهما انهما شهدا بقذفين مختلفين لان القذف في هذا
المكان والزمان يخالف القذف في مكان اخر وزمان اخر فقد شهد كل واحد منهما بقذف
غير القذف الذي شهد به الاخر وليس على احدهما شهادة شاهدين فلا يثبت ولابي حنيفة
رحمه الله ان اختلاف مكان القذف وزمانه لا يوجب اختلاف القذف لجواز انه كرر
القذف الواحد في مكانين وزمانين لان القذف من باب الكلام والكلام مما يحتمل التكرار
والاعادة فيحمل على الحكاية وان كان غيره حقيقة فكان القذف واحدا وقد اجتمع عليه شهادة
شاهدين وان اتفقا في المكان والزمان واختلفا في الانشا والاقرار بان شهد احدهما
انه قذفه في هذا المكان يوم الجمعة وشهد الاخر انه اقر انه قذفه في هذا المكان يوم الجمعة
لا تقبل ولا حد عليه في قولهم جميعا استحسانا والقياس ان يقبل ويحد وجه القياس
ان اختلافهما في الانشا والاقرار لا يوجب اختلاف القذف كما اذا شهد احدهما
بانشا البيع والاخر بالاقرار انه تقبل شهادتهما كذا هذا وجه الاستحسان ان الانشا
مع الاقرار امران مختلفان حقيقة لان الانشا اثبات امر لم يكن والاقرار اخبار عن امر
كان فكانا مختلفين حقيقة فكان المشهود به مختلفا وليس على احدهما شهادة شاهدين
فلا يقبل ونظيره من قال لامرأته زنيت قبل ان اتزوجك فعليه اللعان لا الحد ولو قال
لها قذفتك بالزنا قبل ان اتزوجك فعليه الحد لا اللعان لان قوله زنيت انشا القذف
فكان قاذفا لها للحال وهي في الحال زوجته وقذف الزوج يوجب اللعان لا الحد وقوله قذفتك
بالزنا اقرار منه بقذف كان منه قبل التزوج وهي كانت اجنبية قبل التزوج وقذف الاجنبية
يوجب الحد لا اللعان والله اعلم واما بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول ولا قوة

الا بالله

الا بالله المقذوف لا يخلو اما ان يكون حيا وقت القذف واما ان يكون ميتا فان كان حيا
فلا خصومة لاحد سواه وان كان ذو لده او والده وسوا كان حاضرا او غايبا لانه اذا كان
حيا وقت القذف كان هو المقذوف صورة ومعنى بالحاق العار به فكان حق الخصومة له فهل
يجوز الانابة في هذه الخصومة وهو التوكيل بالاثبات بالبينة اختلف اصحابنا فيه قال ابو
حنيفة ومحمد يجوز وقال ابو يوسف لا يجوز والمسألة مرت في كتاب الوكالة ولا يجوز التوكيل فيه
بالاستيفا عندنا خلافا للشافعي والمراد بذلك ان حضرة المقذوف بنفسه شرط جواز الا
ستيفا عندنا وعنده ليس بشرط ويقوم حضرة الوكيل مقام حضرته بنا على ان هذا الحد عنده
حق المقذوف على الخلوص فيجري فيه النيابة في الاثبات والاستيفا جميعا ولنا ان الاستيفا
عند غيبة الموكل بنفسه استيفا مع الشبهة لجواز انه لو كان حاضرا لصدق القاذف في قذفه
والحدود لا تستوفى مع الشبهات كان المقذوف حيا وقت القذف ثم مات قبل الخصومة او بعدها
سقط الحد عندنا خلافا للشافعي بنا على ان حد القذف لا يورث عندنا وعنده يورث
وسنذكر المسألة في موضعها ان شا الله تعالى هذا اذا كان حيا وقت القذف واما اذا كان ميتا
فلا خلاف في ان لولده ذكرا كان او انثى ولابن ابنه وبنت ابنه وان سفلوا ولوالده وان علا
ان يخاصم القاذف في القذف لان معنى القذف راجع الى فروعه واصوله لانه يلحقهم العار
بقذف الميت لوجود الجزئية والبعضية وقذف الانسان يكون قذفا لاجزايه فكان القذف
لهم من حيث المعنى فيثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن انفسهم بخلاف ما اذا كان المقذوف
حيا وقت القذف ثم مات انه ليس للولد والوالد حق الخصومة بل يسقط لان القذف اضيف
اليه وهو محل قابل للمقذوف صورة ومعنى بالحاق العار به فانعقد القذف موجبا
حق الخصومة له خاصة فلو انتقل الى ورثته لانتقل اليهم بطريق الارث وهذا الحد لا يحتمل
الارث لما نذكر فيسقط ضرورة ولا خلاف في ان الاخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال
والخالات لا يملكون الخصومة لان العار لا يلحقهم لانعدام الجزئية والبعضية فالقذف
لا يتناولهم لا صورة ولا معنى وكذا ليس لمولى العتاقة ولاية الخصومة لان القذف لم يتناوله
صورة ومعنى بالحاق العار به واختلف اصحابنا في اولاد البنات انهم هل يملكون الخصومة
قال ابو حنيفة وابو يوسف يملكون وقال محمد لا يملكون وجه قول محمد ان ولد البنت ينسب الى
ابيه لا الى جده فلم يكن مقذوفا معنى بقذف جده ولهما ان معنى الولاد موجود والنسبة
الحقيقية ثابتة بواسطة امه فصار مقذوفا معنى فيملك الخصومة ولنا في الترتيب
تقدم الاقرب على الابعد قال اصحابنا الثلاثة لا يراعى والاقرب والابعد فيه سوا حتى كان
لابن الابن ان يخاصم مع قيام الابن الصلبي وعند زفر يراعى فيه الترتيب وليس الا للاقرب فالاقرب
وليس للابعد حق الخصومة والمطالبة بالقذف لا لحاق العار بالمخاصم ولا شك ان عار الاقرب
يزيد على عار الابعد فكان اولى بالخصومة وجه قولنا ان هذا الحق ليس يثبت بطريق الارث
على معنى انه ثبت الحق للميت ثم ينتقل الى الورثة بل يثبت لهم ابتدا لا بطريق الانتقال من الميت
اليهم لما ذكرنا ان الميت بالموت خرج عن احتمال لحوق العار به فلم يكن ثبوت الحق لهم بطريق
الارث فلا يراعى فيه الاقرب والابعد وكذا لا يراعى فيه احصان المخاصم بل الشرط احصان
المقذوف عند اصحابنا الثلاثة حتى لو كان الولد او الوالد عبدا او ذميا فله حق الخصومة
وقال زفر احصان المخاصم شرط وليس للعبد ولا الكافر ان يخاصم ولنا ان اثبات حق الخصومة

له لصي ورثته مقذوفا معنى باضافة القذف الى الميت ولو اضيف الى القذف ابتدا
لا يجب الحد فهاهنا اولى ولنا ان الحد لا يجب لعين القذف بل للحوق عار كامل بالمقذوف
واذا كان الميت محصنا فقد لحق الولد عار كامل فلا يشترط احصانه لان اشتراطه للحوق عار كامل
به وقد لحقه بدونه ولو كان الوارث قبله حتى حرم الميراث فله ان يخاصم لما ذكرنا ان هذا
الحق لا يثبت بطريق الارث ولو قذف رجل ام ابنه وهي ميتة فليس للولد ان يخاصم اباه لان
الاب لو قذف ولده وهو حي محصن ليس للولد ان يخاصم اباه تعظيما له ففي قذف الام الميتة اولى
وكذلك المولى اذا قذف ام عبده وهي حرة ميتة فليس للعبد ان يخاصم مولاه في القذف لان عبد
مملوك لا يقدر على شيء والله الموفق فصل واما صفات الحدود فنقول لا خلاف في حد
الزنا والشرب والسكر والسرقة انه لا يحتمل العفو والصلح والابراء بعدما ثبت بالحجة لانه حق
الله تعالى خالصا لا حق للعبد فيه فلا يملك اسقاطه وكذا يجري فيه التداخل حتى لو زنا مرارا
او شرب الخمر مرارا او سكر مرارا لا يجب عليه الا حد واحد لان المقصود من اقامة الحد هو الزجر
وانه يحصل بحد واحد فكان في الثاني والثالث احتمال عدم حصول المقصود فكان فيه
احتمال عدم الفائدة ولا يجوز اقامة الحد مع احتمال عدم الفائدة ولو زنا او شرب او سكر
او سرق فحد ثم زنا او شرب او سكر او سرق يحد ثانيا لانه تبين ان المقصود لم يحصل وكذا اذا
سرق سرقات من اناس مختلفة فخاصموا جميعا فقطع لهم كان القطع عن السرقات كلها والكلام
في الضمان ذكرناه في كتاب السرقة واما حد القذف اذا ثبت بالحجة فكذلك عندنا
لا يجوز العفو عنه والابراء والصلح وكذلك اذا عفا المقذوف قبل المرافعة او صالح على مال
فذلك باطل ويرد بدل الصلح وله ان يطالب بعد ذلك وعند الشافعي يصح ذلك وهو احدى
الروايتين عن ابي يوسف وكذا يجري فيه التداخل عندنا حتى لو قذف اناسا بالزنا بكلمة
وقذف كل واحد بكلام على حدة لا يجب عليه الا حد واحد سواء حضروا جميعا او حضر واحد
وقال الشافعي اذا قذف كل واحد بكلام على حدة يحد لكل واحد حدا على حدة ولو ضرب
تسعة وسبعين سوطا ثم قذف آخر ضرب السوط الآخر فقط عندنا وعنده يضرب السوط
الآخر للاول وثمانين سوطا آخر للثاني ولو قذف رجلا فحد ثم قذف آخر يحد للثاني
بلا خلاف وكذا هذا الحد لا يورث عندنا وعندهم يورث ويقسم بين الورثة على فرائض
الله تعالى في قول وفي قول يقسم بين الورثة الا الزوج والزوجة والكلام في هذه الفروع
بناء على اصل مختلف بيننا وبينه وهو ان حد المقذوف خالص حق الله تعالى او الغالب فيه حقه
وحق العبد مغلوب عندنا وعنده هو حق العبد او الغالب حق العبد وجه قوله ان
سبب وجوب هذا الحد هو القذف والقذف جناية على عرض المقذوف بالتعرض وعرضه
حقه بدليل ان بدل نفسه حقه وهو القصاص في العمد او الدية في الخطأ فكان البدل حقه والجزاء
الواجب على حق الانسان حقه كالقصاص والدليل عليه انه يشترط فيه الدعوى والدعوى
لا يشترط في حقوق الله تعالى كسائر الحقوق الا انه لم يفوض استيفاؤه الى المقذوف لاجل
التهمة لان ضرب القذف اخف الضربات في الشرع فلو فوض اليه اقامة هذا الحد فربما يقيمه
على وجه الشدة لما لحقه من الغيظ بسبب القذف ففوض استيفاؤه الى الامام دفعا للتهمة لا لانه
حق الله تعالى ولنا ان سائر الحدود انما كانت حقوق الله تعالى على الخلوص لانها وجبت
لمصالح العامة وهي دفع فساد يرجع اليهم ويقع حصول الصيانة لهم فحد الزنا وجب لصيانة

الابضاع

الابضاع عن التعرض وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الاموال والانفس عن القاصدين
وحد الشرب وجب لصيانة الانفس والاموال والابضاع في الحقيقة بواسطة صيانة العقول
عن الزوال والاستتار بالسكر وكل جناية يرجع فسادها الى العامة ومنفعة جزائها يعود الى
العامة كان الجزاء الواجب بها حق الله تعالى على الخلوص تأكيدا للنفع والدفع كيلا يسقط باسقاط
العبد وهو معنى نسبة هذه الحقوق الى الله تعالى وهذا المعنى موجود في حد القذف لان
مصلحة الصيانة ودفع الفساد يحصل للعامة باقامة هذا الحد فكان حق الله تعالى على الخلوص
كسائر الحدود الا ان الشرع شرط فيه الدعوى من المقذوف وهذا لا ينفي كونه حق الله تعالى على
الخلوص كحد السرقة انه خالص حق الله تعالى وان كانت الدعوى من المسروق منه شرطا ثم يقول
انما شرط فيه الدعوى وان كان خالص حق الله تعالى لان المقذوف يطالب القاذف ظاهرا
وغالبا دفعا للعار عن نفسه فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد كما في السرقة ولان حقوق العباد
تجب بطريق المماثلة اما صورة ومعنى واما معنى لا صورة لانها تجب بمقابلة المحل او الجبر
لا يحصل الا بالمثل ولا مماثلة بين الحد والقذف لا صورة ولا معنى فلا يكون حقه فاما حقوق
الله تعالى فلا يجب فيها المماثلة لانها تجب جزاء للفعل كسائر الحدود ولنا ايضا دلالة الاجماع
من وجهين احدهما ان ولاية الاستيفاء للامام بالاجماع ولو كان حق المقذوف لكان ولاية الاستيفاء
له كما في القصاص والثاني انه ينتصف برق القاذف وحق الله تعالى هو الذي يحتمل التنصيف
بالرق لا حق العبد لان حق الله تعالى يجب جزاء الفعل والجزاء يزداد بزيادة الجناية وينتقص
بنقصانها والجناية تتكامل بكمال حال الجاني وتنتقص بنقصان حاله فاما حق العبد فانه
يجب بمقابلة المحل ولا يختلف باختلاف حال الجاني واذا ثبت ان حد القذف حق الله
تعالى خالصا او المغلب فيه حقه فنقول لا يصح العفو عنه لان العفو انما يكون من صاحب
الحق ولا يصح الصلح والاعتياض لان الاعتياض عن حق الغير لا يصح ولا يجري فيه الارث
لان الارث انما يجري في المتروك من ملك او حق للمورث على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم من ترك
مالا او حقا فلورثته ولم يوجد شيء من ذلك فلا يورث ولا يجري فيه التداخل لما ذكرنا
والله اعلم فصل واما بيان مقدار الواجب منها فمقدار الواجب في حد الزنا اذا لم
يكن الزاني محصنا مائة جلدة ان كان حرا وان كان مملوكا فخمسون لقوله تعالى فاذا احصن
فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولان العقوبة على قدر الجناية تزداد
بكمال حال الجاني وتنتقص بنقصان حاله والعبد انقص حالا من الحر بنعمة الحرية فكانت جنايته
انقص ونقصان الجناية يوجب نقصان العقوبة لان الحكم يثبت على قدر العلة هذا امر
معقول الا ان التنقيص بالتنصيف في غيره من المقادير ثبت شرعا بقوله فعليهن نصف ما على
المحصنات من العذاب وفي حد الشرب والسكر والقذف ثمانون في الحر واربعون في العبد لما قلنا
وفي حد السرقة لا يختلف قدر الواجب بالرق والحرية لعموم قوله تعالى والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما ولا يختلف بالذكورة والانوثة في شيء من الحدود والله اعلم فصل
واما شرائط جواز اقامتها فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض اما الذي
يعم الحدود كلها فهو الامامة وهو ان يكون المقيم للحد هو الامام او من ولاه الامام وهذا عندنا
وعند الشافعي هذا ليس بشرط وللرجل ان يقيم على مملوكه اذا ظهر الحد عنده بالاقرار اربعا عندنا
ومرة عنده او بالمعاينة بان راى عبده زنا باجنبية ولو ظهر عنده بالشهود بان شهدوا عنده والمولى

من اهل القضا فله فيه قولان وكذا في اقامة المراة الحد على مملوكها واقامة الكاتب الحد على
عبده من اكسابه لم قولان اصح بما روي عن علي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه
انه قال اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم وهذا نص وروي عنه عليه السلام انه قال اذا
زنت امة احدكم فليجلدها فان عادت فليجلدها فان عادت فليجلدها فان عادت فليبعها
ولو بضفير اي حبل وهذا ايضا نص في الباب ولان السلطان انما ملك الاقامة لتسلطه
على الرعية وتسلط المولى على مملوكه فوق تسلط السلطان على رعيته الا ترى انه يملك الانتفاع
به بالدين ويملك عليه النفس فاما والامام لا يملك شيا من ذلك فلما ثبت الجواز للسلطان
فالمولى اولى ولهذا ملك اقامة التعزير عليه كذا الحد ولنا ان ولاية اقامة الحدود
ثابتة للامام بطريق التعيين والولي لا يساويه فيما شرع له هذه الولاية فلا يثبت له ولاية
الاقامة استدلالا بولاية انكاح الصغار والصغاير لانها لما تثبت للاقرب لم تثبت لمن لا يساويه
فيما شرع له الولاية وهو الابعد وبيان ذلك ان ولاية اقامة الحد انما تثبت للامام لمصلحة
العباد وهي صيانة انفسهم واموالهم واعراضهم لان العباد يمتنعون من التعرض خوفا من
اقامة الحد عليهم والولي لا يساوي الامام في هذا المعنى لان ذلك يتوقف على الامامة والامام
قادر على الاقامة بشوكته ومنعته وانقياد الرعية له قهرا وجبرا ولا يخاف تبعة الجناة واتباعهم
لانعدام المعارضة بينهم وبين الامام وتهمة الميل والمحاباة والتواني عن الاقامة منتفية
في حقه فيقيم على وجهها فيحصل الغرض المشروع له الولاية بيقين فاما المولى فربما يقدر على
الاقامة بنفسها وربما لا يقدر لمعارضة العبد اياه لانه رقيبا في مثله يعارضه فيمنعه عن الاقامة
خصوصا عند خوف الهلاك على نفسه فلا يقدر على الاقامة وكذا المولى يخاف على نفسه
وما له من العبد الشرير لو قصد اقامة الحد عليه اذ يأخذ بعض امواله ويقصد اهلاكه ويهرب منه
فيمتنع عن الاقامة ولو قدر على الاقامة فقد يقيم وقد لا يقيم لما في الاقامة من نقصان
قيمته لعيب عيب الزنا والسرقة او يخاف سراية الجلدات الى الهلاك والمرء مجبول على حب
المال ولو اقام فقد يقيم على الوجه وقد لا يقيم على الوجه بل من حيث الصورة فلا يحصل الزجر
فثبت ان المولى لا يساوي الامام في تحصيل ما شرع له اقامة الحد فلا يزاحمه في الولاية بخلاف
التعزير من وجهين احدهما ان التعزير هو التعيير والتوبيخ وذلك غير مقدر فقد يكون
بالحبس وقد يكون برفع الصوت وتعبيس الوجه وقد يكون بضرب اسواط على حسب الجناية
وحال الجاني على ما نذكره في موضعه والمولى يساوي الامام في هذا لانه من باب التاديب
فلم قدر على التاديب والعبد ينقاد لمثله للمولى ولا يعارضه والمولى ايضا لا يمتنع عن هذا
القدر من الايلام لانه لا يوجب نقصانا في مالية العبد ولا تعييبا فيه بخلاف الحد والثاني
ان في التعزير ضرورة ليست في الحد لان اسباب التعزير مما يكثر وجودها فيحتاج المولى الى
تعزير مملوكه في كل يوم وكل ساعة وفي الرفع الى الامام في كل حين ومان حرج عظيم على المولى
فوضت اقامته الى الموالي شرعا وصار المولى مادونا في ذلك من جهة الامام دلالة وصار نايبا
عن الامام فيه ولا حرج في الحد لانه لا يكثر وجوده لانعدام كثرة اسباب وجوبه واما الحديثان
فيحتمل ان يكون خطابا للقوم معلومين علم رسول الله صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي انهم يقيمون الحدود
من غير تنقيص مثل الامير والسلطان ويحتمل ان يكون ذلك خطابا للايمة في حق عبيدهم والتحضيض
للترغيب في اقامة الحد لما ان الايمة والسلاطين لا يباشرون الاقامة بانفسهم عادة بل يفوضونها

الى الحكام

الى الحكام والمحتسبين وقد يجي منهم في ذلك تقصير ويحمل الاقامة بطريق التسبب بالسعي
لرفع ذلك الى الامام بطريق الحسبة وتخصيص المولى للترغيب لهم في الاقامة لاحتمال الميل
والتقصير في ذلك ويحتمل ان يكون المراد من الحد المذكور في الحديث التعزير لوجود
معنى الحد فيه وهو المنع فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال والله اعلم وللامام ان يستخلف
على اقامة الحدود لانه لا يملك استيفا الجميع بنفسه لان اسباب وجودها يوجد في اقطار
دار الاسلام ولا يمكنه الذهاب اليها وفي الاحضار الى مكان الامام حرج عظيم فلو لم يجز الا
لتعطلت الحدود وهذا لا يجوز ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجعل الى الخلفاء
ستخلاف
تنفيذ الاحكام واقامة الحدود ثم الاستخلاف نوعان تنصيص وتولية اما التنصيص
فهو ان ينص على اقامة الحدود فيجوز للخليفة اقامتها بلا شك واما التولية فعلى ضربين
عامة وخاصة فالعامة هي ان يولي رجلا ولاية عامة مثل امارة اقليم او بلد عظيم فيملك المولى
اقامة الحدود وان لم ينص عليها لانه لما قلده امارة ذلك البلد فقد فوض اليه القيام بمصالح المسلمين
لما صح
واقامة الحدود معظم مصالحهم فيملكها والخاصة هي ان يولي رجلا ولاية خاصة مثل
جباية الخراج ونحو ذلك فلا يملك اقامة الحدود لان هذه التولية لم تتناول اقامة
الحدود ولو استعمل اميرا على الجيش الكبير فان كان امير مصر او مدينة فغزا بجنده فانه
كان صح
يملك اقامة الحدود في عسكره لانه يملك الاقامة في بلده فاذا خرج باهله او بعضهم ملك
عليهم ما كان يملك فيهم قبل الخروج واما من اخرجه امير البلد غازيا مما ملك اقامة
الحد عليهم قبل الخروج وبعد الخروج لم يفوض اليه الاقامة فلا يملك الاقامة وللامام
العدل ان يقيم الحدود وينفذ القضا في عسكره كما له ان يفعل ذلك في المصر لان للامام
ولاية على جميع دار الاسلام ثابتة ولهذا اذا استعمل قاضيا له ان يفعل ذلك في العسكر لانه
نايب الامام والله الموفق واما الذي يخص البعض دون البعض فمنها البداية من
الشهود في حد الرجم اذا ثبت بالشهادة حتى لو امتنع الشهود عن البداية او ماتوا او غابوا
كلهم او بعضهم لا يقام الرجم على المشهود عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو احدى الروايتين
تبين
عن ابي يوسف استحسانا وروي عن ابي يوسف اخرى انها ليست بشرط ويقام الرجم
على المشهود عليه وهو قول الشافعي وهو القياس وجه القياس ان الشهود فيما وراء الشهادة
وسائر الناس سواء ثم لا تشترط البداية من احد منهم فكذا من الشهود ولان الرجم احد نوعي
الحد فيعتبر بالنوع الاخر وهو الجلد والبداية من الشهود ليست بشرط فيه كذا في الرجم
ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال يرجم الشهود اولا ثم الامام ثم الناس وكلمة ثم
للترتيب وكان ذلك بحضرة من الصحابة ولم ينقل انه انكر عليه احد فيكون اجماعا ولان في اعتبار
هذا الشرط احتياطا في درء الحد لان الشهود اذا بدءوا بالرجم ربما استعظموا فعله فيحملهم
ذلك على الرجوع عن الشهادة فيسقط الحد عن المشهود عليه بخلاف الجلد لانا انما عرفنا
البداية شرطا استحسانا بالاثر والاثر ورد في الرجم خاصة فبقي امر الجلد على اصل القياس
ولان الجلد لا يحسنه كل احد فيفوض استيفاؤه الى الائمة بخلاف الرجم والله اعلم
ومنها اهلية اداء الشهادة للشهود عند الاقامة في الحدود كلها حتى لو بطلت الاهلية
بالفسق او الردة او الجنون او العمى او الخرس او حد القذف بان فسق الشهود او
ارتدوا او جنوا او عموا او خرسوا او ضربوا حد القذف كلهم او بعضهم لا يقام الحد

على المشهود عليه لان اعتراض اسباب الجرح على الشهادة عند امضاء الحد بمنزلة
اعتراضها عند القضاء به واعتراضها عند القضاء يبطل الشهادة فكذا عند الامضاء لان
الامضاء في باب الحدود من القضاء واما موت الشهود وغيبتهم عند الاقامة فلا يمنعان
من الاقامة في سائر الحدود الا الرجم حتى لو ماتوا كلهم او غابوا كلهم او بعضهم يقام الحد على
المشهود عليه الا الرجم لانهما ليسا من اسباب الجرح لان اهلية الشهادة لا تبطل بالموت
والغيبة بل تنتهي وتتقرر ويحكم بها العدالة على وجه لا يحتمل الجرح وفي حد الرجم انما
يمنعان الاقامة لا لانهما يخرجان في الشهادة بل لان البداية من الشهود شرط جواز الاقامة
ولم يوجد وروي عن محمد رحمه الله في الشهود اذا كانوا مقطوعين الايدي او بهم مرض
لا يستطيعون الرمي ان الامام يرمي ثم الناس وجعل قطع اليد والمرض عذرا في فوات
البداية ولم يجعل الموت عذرا فيه وان ثبت الرجم بالاقرار يبدا به الامام ثم الناس والله اعلم
ومنها ان لا يكون في اقامة الجلدات خوف الهلاك لان في هذا الحد شرع زاجرا لا مهلكا
فلا يجوز الاقامة في الحر الشديد لما في الاقامة فيهما خوف الهلاك ولا يقام على مريض حتى يبرأ لانه
يجتمع عليه وجع المرض والم الضرب فيخاف الهلاك ولا يقام على النفساء حتى تنقضي النفاس
لان النفاس نوع مرض ويقام على الحائض لان الحيض ليس بمرض ولا يقام على الحامل حتى تضع
وتطهر من النفاس لان فيه خوف هلاك الولد والوالدة ويقام الرجم في هذا كله الا على الحامل
لان ترك الاقامة في هذه الاحوال للاحتراز عن الهلاك والرجم حد مهلك فلا معنى للاحتراز
عن الهلاك فيه الا انه لا يقام على الحامل لان فيه اهلاك الولد بغير حق ولا يجمع الضرب
في عضو واحد لانه يفضي الى تلف ذلك العضو او الى تمزيق جلده وكل ذلك لا يجوز بل
يفرق الضرب على جميع الاعضاء الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين
الا الوجه والفرج والراس لان الضرب على الفرج مهلك عادة وقد روي عن علي رضي الله عنه
موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتق وجهه ومذاكيره
والضرب على الوجه يوجب المثلة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة والراس
مجمع الحواس وفيه العقل فيخاف من الضرب عليه فوات العقل او فوات بعض الحواس وفيه
اهلاك الذات من وجه وقال ابو يوسف ايضا لا يضرب الصدر والبطن ويضرب الراس سوطا
او سوطين اما الصدر والبطن فلان فيه خوف الهلاك واما الراس فلقول عمر رضي الله عنه
اضربوا الراس فان فيه شيطانا والجواب ان الحديث ورد في قتل اهل الحرب خصوصا قوم
كانوا بالشام يحلقون اوساط رؤسهم ثم تفريق الضرب على الاعضاء مذهبنا وقال الشافعي يضرب
كله على الظهر وهذا غير سديد لان المامور به هو الجلد وانه ماخوذ من ضرب الجلد
والضرب على عضو واحد يمزق الجلد وبعد تمزيق الجلد لا يكون الضرب على الجلد بعد ذلك
ولان في الجمع على عضو واحد خوف الهلاك وهذا الحد شرع زاجرا لا مهلكا واما كيفية
الحدود اما حد الرجم فلا ينبغي ان يربط المرجوم بشيء ولا ان يمسك ولا ان يحفر له اذا كان رجلا
بل يقام قائما لان ماعزا لم يربط ولم يمسك ولا حفر له الا ترى انه روي انه هرب
من ارض قليلة الحجارة الى ارض كثيرة الحجارة ولو ربط او مسك او حفر له لما قدر على الهرب
وان كان المرجوم امراة فان شاء الامام حفر لها وان شاء لم يحفر اما الحفر فلانه استر لها وقد
روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حفر للمراة الغامدية الى ثدييها واخذ حصاة مثل

الحمصة

الحمصة فرماها بها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية الى سرتها واما ترك
الحفر فلان الحفر للستر وهي مستورة بثيابها لانها لا تجرد عند اقامة الحد ولا باس لكل من
رمى ان يتعمد مقتله لان الرجم حد مهلك فما كان اسرع الى الهلاك كان اولى الا اذا كان
الرامي ذا رحم محرم من المرجوم فلا يستحب له ان يتعمد مقتله لانه قطع الرحم المحرم من غير
ضرورة لان غيره يكفيه وقد روي ان حنظلة غسيل الملائكة رضي الله عنه استأذن
رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل ابيه ابي عامر وكان مشركا فنهاه عن ذلك وقال
دعه يكفيك غيرك واما حد الجلد فاشد الحدود ضربا حد الزنا ثم حد الشرب ثم
حد القذف لان جنايته اعظم من جناية الشرب والقذف اما من جناية القذف فلا
شك فيه لان القذف نسبة الى الزنا فكانت دون حقيقة الزنا واما من جناية الشرب
فلان قبح الزنا ثبت عقلا وحرمة نفس الشرب ثبتت شرعا لا عقلا ولهذا كان الزنا
حراما في الاديان كلها بخلاف الشرب وكذا الخمر يباح عند ضرورة المخمصة والاكراه
ولا يباح الزنا عند الاكراه وغلبة الشبق وكذا وجوب الجلد في الزنا ثبت بنص الكتاب
ولا نص في الشرب وانما استخرجه الصحابة رضي الله عنهم بالاجتهاد والاستدلال بالقذف
فقالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفتري ثمانون وقال الله تعالى
في باب الزنا ولا تاخذكم بهما رافة في دين الله قيل في التاويل اي بتخفيف الجلدات
وانما كان ضرب القذف اخف الضربين لوجهين احدهما ان وجوبه بسبب متردد
لان القاذف يحتمل ان يكون صادقا في قذفه فلا حد عليه والثاني انه انضاف
اليه رد الشهادة على التابيد فيجري فيه نوع تخفيف ولا يمد على العقابين ولا على الارض
كما يفعل في زماننا لانه بدعة بل يضرب قائما ولا يمد السوط بعد الضرب بل يرفع لان
المد بعد الضرب بمنزلة ضربة اخرى فيكون زيادة على الحد ولا يمد الجلاد يده الى ما
فوق راسه لانه يخاف فيه الهلاك او تمزيق الجلد ولا يضرب بسوط له ثمرة لان لمقابل
الثمرة بمنزلة ضربة اخرى فتصير كل ضربة ضربتين فيكون زيادة على القدر المشروع وينبغي
ان يكون الجلاد عاقلا بصيرا بامر الضرب فيضرب ضربة بين ضربتين ليس بالمبرح ولا بالذي
لا يوجد فيه مس ويجرد الرجل في حد الزنا ويضرب في ازار واحد لانه اشد الحد وقد
ضربا ومعنى الشدة لا يحصل الا بالتجريد وفي حد الشرب يجرد ايضا في الرواية المشهورة
وروي عن محمد انه لا يجرد وجه هذه الرواية ان ضرب الشرب اخف من ضرب الزنا
فلا بد من اظهار اثر التخفيف وذلك بترك التجريد وجه الرواية المشهورة انه قد جرى
التخفيف فيه مرة في الضرب فلو خفف فيه ثانيا بترك التجريد لا يحصل المقصود من الحد
وهو الزجر ولا يجرد في حد القذف بلا خلاف لان وجوبه بسبب متردد محتمل فيراعى
فيه التخفيف بترك التجريد كما روعي في اصل الضرب بخلاف حد الشرب لان وجوبه
ثبت بسبب لا تردد فيه واما المراة فلا ينزع عنها ثيابها الا الحشو والفرو في الحدود كلها
لانها عورة ويضرب قاعدة لان ذلك استر لها ويفرق الضرب في الاعضاء كلها لما ذكرنا
لان الجمع في عضو واحد يقع اهلاكا للعضو او تمزيقا او تخريقا للجلد وكل ذلك ليس بمشروع
فيفرق على الاعضاء كلها الا الوجه والمذاكير والراس وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم ولا
يقام شيء من الحدود في المسجد لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

انه قال لا تقام الحدود في المساجد وهذا نص في الباب ولان تعظيم المسجد واجب
وفي اقامة الحدود فيه ترك تعظيمه تؤيده انا نهينا عن سل السيوف في المساجد قال
عليه السلام جنبوا مساجدكم عن صبيانكم ومجانينكم وبياعاتكم واشريتكم وسل سيوفكم تعظيما
للمسجد ومعلوم ان سل السيف في ترك التعظيم دون الجلد والرجم فلما ذكره ذلك فلئن يكره
هذا اولى ولان اقامة الحدود لا تخلوا عن تلويثه فيجب صيانة المسجد عن ذلك وينبغي ان تقام
الحدود كلها على ملا من الناس لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والنص
وان ورد في حد الزنا لكن النص الوارد فيه يكون واردا في سائر الحدود دلالة لان المقصود
من الحدود كلها واحد وهو زجر العامة وذلك لا يحصل الا وان تكون الاقامة على راس
العامة لان الحضور ينزجرون بانفسهم بالمعاينة والغيب ينزجرون باخبار الحضور
فيحصل الزجر للكل وكذا فيه منع الجلاد عن المجاوزة عن الحد الذي جعل له لانه لو جاوز
منعه الناس عن المجاوزة وفيه ايضا دفع التهمة والميل فلا يتهمه الناس انه يقيم الحد عليه
بلا جرم سبق منه والله الموفق

فصل واما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه
فالمسقط له انواع منها الرجوع عن الاقرار بالزنا والسرقة والشرب والسكر لانه يحتمل ان
يكون صادقا في الرجوع وهو الانكار ويحتمل ان يكون كاذبا فيه فان كان صادقا في الانكار
يكون كاذبا في الاقرار وان كان كاذبا في الانكار يكون صادقا في الاقرار فيورث شبهة في
ظهور الحد والحدود لا تستوفي مع الشبهات وقد روي ان ماعزا لما اقر بين يدي
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا لقنه الرجوع فقال له لعلك قبلتها لعلك مسستها وقال
لتلك المراة اسرقت قولي لا ما اخالك سرقت سرقت وكان ذلك منه تلقينا للرجوع
فلو لم يكن محتملا للسقوط بالرجوع لم يكن للتلقين معنى وهذا هو السنة للامام اذا اقر
انسان عنده بشيء من اسباب الحدود الخالصة ان يلقنه الرجوع درا للحد كما فعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الزنا والسرقة وسواء رجع قبل القضا او بعده قبل
الامضا او بعد امضا بعض الجلدات او بعض الرجم وهو حي بعد لما قلنا ثم الرجوع عن الاقرار
قد يكون نصا وقد يكون دلالة بان اخذ الناس في رجمه فهرب ولم يرجع او اخذ الجلاد في
الجلد فهرب ولم يرجع حتى لا يتبع ولا يتعرض له لان الهرب في هذه الحالة دلالة الرجوع وروي
انه لما هرب ماعز ذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلا خليتم سبيله دل
ان الهرب دليل الرجوع وان الرجوع يسقط الحد وكما يصح الرجوع عن الاقرار بالزنا يصح
عن الاقرار بالاحصان حتى لو ثبت على الاقرار بالزنا ورجع عن الاقرار بالاحصان
يسقط عنه الرجم ويجب الجلد لان شرط صيرورة الزنا علة لوجوب الرجم فيصح الرجوع عنه
كما يصح عن الزنا فيبطل الاحصان ويبقى فيجب الجلد واما الرجوع عن الاقرار بالقذف
فلا يسقط الحد لان هذا الحد حق العبد من وجه وحق العبد بعد ما ثبت لا يحتمل السقوط
بالرجوع كالقصاص وغيره ومنها تصديق المقذوف القاذف في القذف لانه لما صدقه
فقد ظهر صدقه في القذف ومن المحال ان يحد الصادق على الصدق ولان حد القذف
انما وجب لدفع عار الزنا ونسبه عن المقذوف ولما صدقه في القذف فقد التزم العار
بنفسه فلا يدفع عنه بالحد فسقط ضرورة ومنها تكذيب المقذوف المقر في اقراره بالقذف
بان يقول له انك لم تقذفني بالزنا لانه لما كذبه في القذف فقد كذب نفسه في الدعوى والدعوى
شرط

شرط ظهور هذا الحد ومنها تكذيب المقذوف حجته على القذف وهي البينة بان يقول
بعد القضا بالحد قبل الامضا شهودي شهدوا بزور لانه يحتمل ان يكون صادقا في التكذيب
فتثبت الشبهة ولا يجوز استيفا الحد مع الشبهة ومنها تكذيب المزني بها المقر بالزنا
قبل اقامة الحد عليه بان قال رجل زنيت بفلانة فكذبته وانكرت الزنا وقالت لا اعرفك
ويسقط الحد عن الرجل وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يسقط كذا ذكر
الكرخي الاختلاف وذكر القاضي في شرحه قول ابي يوسف مع قول محمد وجه قول محمد ان
زنا الرجل قد ظهر باقراره وامتناع الظهور في جانب المراة لمعنى يخصها وهو انكارها فلا يمنع
الظهور في جانب الرجل ولهما ان الزنا لا يقوم الا بالفاعل والمحل فاذا لم يظهر في جانبها امتنع
الظهور في جانبه هذا اذا انكرت ولم تدع على الرجل حد القذف فان ادعت على الرجل
حد القذف يحد حد القذف ويسقط حد الزنا لانه لا يجب عليه حدان هذا اذا
كذبته ولم تدع النكاح فاما اذا ادعت النكاح والمهر قبل اقامة الحد عليه سقط الحد
عن الرجل بالاجماع لانه لم يجب عليها الشبهة لاحتمال ان تكون صادقة في دعوى النكاح
فتمكنت الشبهة في وجوب الحد عليها واذا لم يجب عليها تعدى الى جانب الرجل فسقط عنه
وعليه المهر لان الوطء لا يخلو عن عقوبة او غرامة وان كان دعوى النكاح منها بعد اقامة
الحد على الرجل لا مهر لها عليه لان الوجوب في الفصل الاول لضرورة اقامة الحد ولم يوجد
وعلى هذا اذا اقرت امراة بالزنا مع فلان فانكر الرجل وكذبها او ادعى النكاح على الاتفاق
والاختلاف ولو اقر رجل بالزنا بفلانة فادعت المراة الاستكراه يحد الرجل بالاتفاق ويفرق
بين هذا وبين الاول ووجه الفرق بينهما ان المراة في الفصل الاول انكرت وجوب
الزنا فلم يثبت الزنا من جانبها فتعدى الى الجانب الاخر وههنا اقرت بالزنا لكنها ادعت الشبهة
بمعنى يخصها وهو كونها مكرهة فلا يتعدى الى جانب الرجل والدليل على الفرق بينهما انا لو تيقنا
بالاكراه يقام الحد على الرجل بالاجماع ولو تيقنا بالنكاح لما في الفصل الاول لا يقام الحد على الرجل
والله اعلم ومنها رجوع الشهود بعد القضا قبل الامضا لان رجوعهم يحتمل الصدق والكذب
فيورث شبهة والحدود لا تستوفى مع الشبهات وقد ذكرنا الاحكام المتعلقة برجوع
الشهود في باب الحدود كلهم او بعضهم قبل القضا او بعده قبل الامضا او بعد الامضا بما
فيه من الاتفاق والاختلاف في كتاب الرجوع عن الشهادات ومنها بطلان اهلية
شهادتهم بعد القضا قبل الامضا بالفسق والردة والجنون والعمى والخرس وحد القذف
لما ذكرنا فيما تقدم ومنها موتهم في حد الرجم خاصة في ظاهر الرواية لما ذكرنا ان البداية
بالشهود شرط جواز الاقامة وقد فات بالموت على وجه لا يتصور عوده فسقط الحد ضرورة
واما اعتراض ملك النكاح او ملك اليمين فهل يسقط الحد بان زنا بامراة ثم تزوجها
او بجارية ثم اشتراها عن ابي حنيفة فيه ثلاث روايات روى محمد عنه انه لا يسقط
وهو قول ابي يوسف ومحمد وروى ابو يوسف عنه انه يسقط وروى الحسن عنه ان
اعتراض الشرا يسقط واعتراض النكاح لا يسقط ووجه رواية الحسن ان البضع لا يصير
مملوكا للزوج بالنكاح بدليل انها اذا وطيت بشبهة كان العقر لها والعقر بدل
البضع والبدل انما يكون لمن كان له المبدل فلم يحصل استيفا منافع البضع من محل مملوك
له فلا يورث الشبهة وبضع الامة يصير مملوكا للمولى بالشرا الا ترى انها لو وطيت بشبهة

كان العتق للمولى فحصل الاستيفاء من محل مملوك له فتصير شبهة فصار كالسارق اذا ملك
المسروق بعد القضاء قبل الامضاء وجه رواية ابي يوسف ان المراه تصير مملوكه للزوج
بالنكاح في حق الاستمتاع فحصل الاستيفاء من محل مملوك له فتصير شبهة كالسارق اذا
ملك المسروق وجه رواية محمد ان الوطي حصل زنا محضا لمصادفته محلا غير مملوك له
فحصل موجبا للحد والعارض وهو الملك لا يصلح مسقطا لاقتصاره على حالة ثبوته لانه
ثبت بالنكاح والشرا وكل واحد منهما وجد للحال فلا يستند الملك الثابت به الى وقت وجود
الوطي فبقي الوطي خاليا عن الملك فبقي زنا محضا موجبا للحد بخلاف السارق اذا ملك المسروق
لان هناك وجد المسقط وهو بطلان ولاية الخصومة لان الخصومة هناك شرط وقد
خرج المسروق منه من ان يكون خصما بملك المسروق لذلك افترقا والله اعلم ولو غصب
جارية فزنا بها فماتت روى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان عليه الحد وقيمة الجارية وروى
الحسن عن ابي حنيفة وابي يوسف ان عليه القيمة ولا حد عليه وذكر الكرخي ان هذا اصح
الروايتين وجه رواية ابي يوسف ان الضمان لا يجب الا بعد هلاك الجارية وهي بعد الهلاك
لا تحتمل الملك فلا يملكها الغاصب بالضمان فلا يمتنع وجوب الحد وجه رواية الحسن ان
الضمان لا يجب بعد الهلاك وانما يجب في اخر جزء من اجزاء حياته وهي محتملة للملك في
ذلك الوقت فيستند الى وقت وجود السبب ولان حياة المحل يشترط لثبوت الملك
فيه مقصودا لا لما له مقصوده والملك هاهنا يثبت ضرورة استحالة اجتماع البدل
والمبدل في ملك رجل واحد في عقد المبادلة فلا يشترط له حياة المحل فيثبت الملك في الميت
وانه يمنع وجوب الحد ولو غصب حرة فزنا بها فماتت فعليه الحد والدية لان ملك الضمان
في الحرة لا يوجب ملك المضمون لان المحل لا يحتمل التملك فلا يمنع وجوب الحد بخلاف الامة والله
الموفق فصل واما حكم الحدود اذا اجتمعت فالاصل في اسباب الحدود اذا اجتمعت
انه يقدم حق العبد في الاستيفاء على حق الله تعالى لحاجة العبد الى الانتفاع بحقه وتعالى الله
تعالى عن الحاجات ثم ننظر ان لم يكن استيفاء حقوق الله تعالى تسقط ضرورة وان امكن
استيفاؤها فان كان في اقامة شي منها اسقاط البواقي يقام ذلك ويدرا البواقي لقوله
عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم وان لم يكن في اسقاط شي منها اسقاط البواقي يقام
الكل جمعا بين الحقين في الاستيفا واذا ثبت هذا فنقول اذا اجتمع القذف والشرب
والسكر والزنا من غير احصان والسرقة بان قذف انسانا بالزنا وشرب الخمر وسكر من غير
الخمور الاشربة المعهوده وزنا وهو غير محصن وسرق مال انسان ثم اتي به الى الامام
بدا الامام بحد القذف فيضربه لانه حق الله تعالى من وجه وما سواه حقوق العباد على
الخلوص فيقدم استيفاؤه ثم يستوفي حقوق الله تعالى لانه يمكن استيفاؤها وليس في
اقامة شي منها اسقاط البواقي فلا تسقط ثم اذا ضرب حد القذف يحبس حتى يبرا من الضرب
ثم الامام بالخيار في البداية ان شا بدا بحد الزنا وان شا بحد السرقة ويؤخر حد الشرب
عنهما لانهما ثبتا بنص الكتاب وحد الشرب لم يثبت بنص الكتاب انما ثبت باجماع مبني
على الاجتهاد او على خبر الواحد ولا شك ان الثابت بنص الكتاب اكد ثبوتا ولا يجمع ذلك كله
في وقت واحد بل يقام كل واحد منهما بعد ما برى من الاول لان الجمع بين الكل في وقت واحد
يفضي الى الهلاك ولو كان من جملة هذه الحدود حد الرجم بان زنا وهو محصن يبدا بحد القذف

مطلب حكم الحدود اذا اجتمعت

اقامته صح

ويضمن

ويضمن السرقة ويرجم ويدرا عنه ما سوى ذلك لان حد القذف حق العبد فيقدم
في الاستيفا وفي اقامة حد الرجم اسقاط البواقي فيقام ويدرا البواقي لان الحدود واجب الدرا
ما امكن ويحد الا انه يضمن السرقة لان المال لا يحتمل الدرا وكذلك لو كان مع هذا الحدود قصاص
في النفس يبدا بحد القذف ويضمن السرقة ويقتل قصاصا ويدرا ما سوى ذلك وانما بدي بحد
القذف دون القصاص الذي هو خالص حق العبد لان في البداية بالقصاص اسقاط حق القذف
ولا سبيل اليه لذلك يبدا بحد القذف ويقتل قصاصا ويسقط ما سوى ذلك لتعذر الاستيفا
بعد القتل الا انه يضمن السرقة لما قلناه ولو كان مع القصاص في النفس قصاص فيما دون
النفس يحد حد القذف ويقتص ما دون النفس ويقتص في النفس ويلغى ما سوى ذلك ولو
لم يكن في الحدود حد القذف يقتص فيما دون النفس ثم يقتص في النفس ويلغى ما سوى ذلك ولو
اجتمعت الحدود الخالصة والقتل يقتص ويلغى ما سوى ذلك لان تقدم القصاص على الحدود في الاستيفا
واجب ومتى تقدم استيفاؤه يتعذر استيفا الحدود فتسقط ضرورة والله اعلم فصل
واما حكم المحدود فالحد ان كان رجما فاذا قتل يدفع الى اهله فيصنعون به ما يصنع بسائر
الموتى فيغسلونه ويكفنونه ويدفنونه ويصلون عليه بهذا امر رسول الله صلى الله عليه وسلم
لما رجم ماعزا فقال اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم وان كان جلدا فالحكم المحدود وغيره سوا في
سائر الاحكام من الشهادة وغيرها الا المحدود في القذف خاصة في ادا الشاهد فانه تبطل
شهادته على التابيد حتى لا تقبل وان تاب الا في الديانات عندنا وعند الشافعي تقبل
شهادته بعد التوبة وقد ذكرنا المسئلة بفروعها في كتاب الشهادات فصل
واما التعزير فالكلام فيه في مواضع في بيان سبب وجوب التعزير وفي بيان شرط
وجوبه وفي بيان قدره وفي بيان صفته وفي بيان ما يظهر به اما سبب وجوبه
فارتكاب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع سوا كانت الجناية على حق الله تعالى كترك
الصلاة والصوم ونحو ذلك او على حق العبد بان اذى مسلما بغير حق بفعل او بقول يحتمل
الصدق والكذب بان قال له يا خبيث يا فاسق يا سارق يا فاجر يا كافر
يا شارب الخمر ونحو ذلك فان قال له يا كلب يا خنزير يا حمار يا ثور ونحو ذلك لا يجب
عليه التعزير لان في النوع الاول انما اوجب التعزير لانه الحق العار بالمقذوف اذ الناس
بين مصدق ومكذب فعزر دفعا للعار عنه والقاذف في النوع الثاني الحق العار
بنفسه بقذفه غيره بما لا يتصور فيرجع عار الكذب اليه لا الى المقذوف فصل
واما شرط وجوبه فالعقل فقط فيعزر كل عاقل ارتكب جناية ليس لها حد مقدر
سوا كان حرا او عبدا ذكرا او انثى مسلما او كافرا بالغا او صبيا بعد ان يكون
عاقلا لان هؤلا من اهل العقوبة الا الصبي العاقل فانه يعزر تاديبا لا عقوبة لانه
من اهل التاديب الا ترى الى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
مروا صبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرا وذلك بطريق
التاديب والتهذيب لا بطريق العقوبة لانها تستدعي الجناية وفعل الصبي لا يوصف
بكونه جناية بخلاف المجنون والصبي الذي لا يعقل لانهما ليسا من اهل العقوبة ولا من
من اهل التاديب فصل واما قدر التعزير فان وجب بجناية ليس
من جنسها ما يوجب الحد كما اذا قال لغيره يا فاسق يا خبيث يا سارق ونحو ذلك فالامام

فصل التعزير

قدر التعزير

فيه بالخيار ان شاء عزره بالضرب وان شاء بالحبس وان شاء بالكهر والاستخفاف بالكلام
وعلى هذا يحمل قول عمر رضي الله عنه لعبادة بن الصامت يا احمق ان ذلك كان على سبيل
التعزير منه اياه لا على سبيل الشتم اذ لا يظن ذلك من مثل عمر رضي الله عنه باحد فضلا
من الصحابي رضي الله عنهما ومن مشايخنا من رتب التعزير على مراتب الناس فقال
التعزير على اربع مراتب تعزير الاشراف وهم الدهاقين والقواد وتعزير اشراف
الاشراف وهم الفقهاء والعلوية وتعزير الاوساط وهم السوقة وتعزير الاخساء وهم السفلة
فتعزير اشراف الاشراف بالاعلام المجرد وهو ان يبعث القاضي امينه اليه فيقول له
بلغني انك تفعل كذا وكذا وتعزير الاشراف الجر الى باب القاضي والخطاب بالمواجهة
وتعزير الاوساط الاعلام والجر والحبس وتعزير السفلة الاعلام والجر والضرب والحبس
لان المقصود من التعزير هو الزجر واحوال الناس في الانزجار على هذه المراتب وان وجب
جناية في جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه كما اذا قال لصبي او مجنون يا زاني او لذمية
او ام ولد يا زانية فالتعزير فيه بالضرب ويبلغ اقصى غاياته وذلك تسعة وثلاثون في قول
ابي حنيفة وعند ابي يوسف خمسة وسبعون وفي رواية النوادر عنه تسعة وسبعون
وقول محمد مضطرب ذكره الفقيه ابو الليث رحمه الله والحاصل انه لا خلاف بين اصحابنا في
انه لا يبلغ بالتعزير الحد لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من بلغ حدا في
غير حد فهو من المعتدين الا ان ابا يوسف صرف الحد المذكور في الحديث على الاحرار وزعم انه
الحد الكامل لا حد المماليك لان ذلك بعض الحد وليس بحد كامل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل
في كل باب ولان الاحرار هم المقصودون في الخطاب وغيرهم يلحق بهم فيه ثم قال في رواية
ينقص منها سوط وهو الاقيس لان ترك التبليغ يحصل به وفي رواية قال ينقص منها خمسة
وذلك اثر علي رضي الله عنه انه قال يعزر خمسة وسبعين وابو حنيفة رضي الله
عنه صرفه الى حد المماليك وهو اربعون لانه ذكر حدا منكرا فيتناول حدا ما قال
ابو يوسف فقلدته نقصان الخمسة واعتبرت ادنى الحدود وروي عنه انه قال
اخذ كل نوع من بابه واخذت التعزير في اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا
من حد القذف ليكون الحاق كل نوع ببابه واربعون حد كامل في المماليك فينصرف
اليه ولان في الحمل على هذا الحد اخذا بالثقة والاحتياط لان اسم الحد يقع على النوعين
فلو حملناه على ما قاله ابو حنيفة يقع الامن عن وعيد التبليغ لانه لا يبلغ ولو حملناه على ما
قاله ابو يوسف لا يقع الامن عنه لاحتمال انه اراد به حد المماليك فيصير مبلغا غير الحد
الحد فيلحقه الوعيد فكان الاحتياط فيما قاله ابو حنيفة رحمه الله والله الموفق

فصل واما صفته فله صفات منها انه اشد الضرب واختلف المشايخ
في المراد بالشدة المذكورة وقال بعضهم اريد بها الشدة من حيث الجمع وهي ان يجمع
الضربات على عضو واحد ولا يفرق بخلاف الحدود وقال بعضهم المراد منها الشدة
في نفس الضرب وهي الايلام ثم انما كان اشد الضرب لوجهين احدهما انه شرع للزجر المحض
ليس فيه معنى تكفير الذنب بخلاف الحدود فان معنى الزجر فيها تسويه معنى
التكفير قال النبي صلى الله عليه وسلم الحدود كفارات لاهلها فاذا تمحض التعزير
للزجر فلا شك ان الاشد ازجر فكان في تحصيل ما شرع له ابلغ والثاني انه قد نقص عن

عدد

الاعلام صح

مطلب صفة التعازير

عدد الضربات فيه فلو لم يشدد في الضرب لا يحصل المقصود منه وهو الزجر ومنها انه
يحتمل العفو والصلح والابراء لانه حق العبد خالصا فيجري فيه هذه الاحكام كما يجري في سائر حقوق
العباد من القصاص وغيره بخلاف الحدود ومنها انه يورث كالقصاص وغيره لما قلنا ومنها
انه لا يتداخل لان حق العبد لا يحتمل التداخل بخلاف الحدود ويؤخذ فيه الكفيل الا انه لا يحبس
لتعديل الشهود اما الكفيل فلان الكفيل للتوثيق والتعزير حق العبد فكان التوثيق
ملايما له بخلاف الحدود على اصل ابي حنيفة رحمه الله واما عدم الحبس فلان الحبس يصلح تعزيرا
في نفسه فلا يكون مشروعا قبل تعديل الشهود بخلاف الحدود انه يحبس فيها للتعديل لان
الحبس لا يصلح حدا والله اعلم

فصل واما بيان ما ظهر به فنقول انه يظهر بما يظهر
به سائر حقوق العباد من الاقرار والبينة والنكول وعلم القاضي ويقبل فيه شهادة النساء مع
الرجال والشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي كما في سائر حقوق العباد وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه لا تقبل فيه شهادة النساء والصحيح هو الاول لانه حق العبد على الخلوص
فيظهر بما يظهر به حقوق العباد ولا يعمل فيه الرجوع كما لا يعمل في القصاص وغيره بخلاف الحدود
الخالصة

كتاب الجنايات

الجناية في الاصل نوعان
جناية على البهائم والجمادات وجناية على الادمي اما الجناية على البهائم والجمادات فنوعان ايضا
غصب واتلاف وقد ذكرنا في كل واحد منهما في كتاب الغصب وهذا الكتاب وضع لبيان
حكم الجناية على الادمي خاصة فنقول وبالله التوفيق الجناية على الادمي في الاصل انواع ثلاثة
جناية على النفس مطلقا وجناية على ما دون النفس مطلقا وجناية على ما هو نفس من وجه دون
وجه اما الجناية على النفس مطلقا فهي قتل المولود والكلام في القتل في مواضع في بيان انواع
القتل وفي بيان صفة كل نوع وفي بيان حكم كل نوع اما الاول فالقتل اربعة انواع
قتل هو عمد محض ليس فيه شبهة العدم وهو المسمى بشبه العمد وقتل هو خطا محض ليس
فيه شبهة العمد وهو في معنى القتل الخطا اما القتل الذي هو عمد محض فهو ان يقصد
القتل بحديد له حد او طعن كالسيف والسكين والرمح والاشفى والابرة وما اشبه ذلك
او ما يعمل عمل هذه الاشياء في الجرح والطعن كالنار والزجاج وليط القصب والمروة والرمح
الذي لا سنان له ونحو ذلك وكذلك الالة المتخذة من النحاس وكذلك القتل بحديد لا حد له
كالعمود وسنجة الميزان وظهر الفاس والمر ونحو ذلك عمد في ظاهر الرواية وروى الطحاوي
عن ابي حنيفة انه ليس بعمد فعلى ظاهر الرواية العبرة للحديد نفسه سواء جرح او لا وعلى رواية
الطحاوي العبرة للجرح نفسه حديدا كان او غيره وكذلك اذا كان في معنى الحديد كالصفر والنحاس
والانك والرصاص والذهب والفضة لحكمه حكم الحديد واما شبه العمد فتلميه انواع
بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه اما المتفق عليه فهو ان القتل بعصا
صغيرة او بحجر صغير او لطمة ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه
اذا ضرب ضربة او ضربتين ولم يوال في الضربات واما المختلف فيه فهو ان يضرب بالسوط
الصغير ويوالي في الضربات الى ان يموت وهذا شبه عمد بلا خلاف بين اصحابنا وعند
الشافعي هو عمد وان قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجارح ولا طاعن كمدقة
القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها فهو شبه عمد عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف ومحمد والشافعي هو عمد ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد بل كان شبه

ما يظهر به التعزير

مع

الجنايات

يتقصد صح

عمد في النفس فهو عمد فيما دون النفس لان ما دون النفس لا تقصد اتلافه باله دون اله عادة فاستوت الالات كلها في الدلالة على القصد فكان الفعل عمدا محضا فينظر ان امكن ايجاب القصاص يجب القصاص وان لم يمكن يجب الارش واما القتل الخطأ فالخطأ قد يكون في نفس الفعل وقد يكون في ظن الفاعل اما الاول فنحو ان تقصد صيدا فتصيب ادميا او ان تقصد رجلا فيصيب غيره فان قصد عضوا من رجل فاصاب عضوا اخر منه فهذا عمد وليس بخطأ واما الثاني فنحو ان يرمي الي انسان على ظن انه حربي او مرتد فاذا هو مسلم واما الذي هو في معنى الخطأ فنذكر صفته وحكمه بعد هذا ان شا الله تعالى فهذه صفات هذه الانواع واما بيان احكامها فوقوع القتل باحدي هذه الصفات لا تخلوا اما ان علم واما ان لم يعلم بان وجد قتيل لا يعلم قاتله فان علم ذلك اما القتل العمد المحض فيتعلق به احكام منها وجوب القصاص والكلام في القصاص في مواضع في بيان شرايط وجوب القصاص وفي بيان كيفية وجوبه وفي بيان من يستحق القصاص وفي بيان من يلي استيفا القصاص وشرط جواز استيفايه وفي بيان ما يسقط به القصاص وكيفية القصاص بعد وجوبه اما الاول فلوجوب القصاص شرايط بعضها يرجع الي القاتل وبعضها يرجع الى المقتول وبعضها يرجع الي نفس القتل وبعضها يرجع الى ولي القتيل اما الذي يرجع الى القاتل فخمسة احدها ان يكون عاقلا والثاني ان يكون بالغا فان كان مجنونا او صبيا لا يجب لان القصاص عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة لانها لا تجب الا بالجنايه وفعلهما لا يوصف بالجنايه ولهذا لم يجب عليهما الحدود واما ذكورة القاتل وحريته واسلامه فليس من شرايط الوجوب والثالث ان يكون متعمدا في القتل قاصدا اياه فان كان مخطئا فلا قصاص عليه لقوله عليه السلام العمد قود اي القتل العمد يوجب القود وشرط العمدية لوجوب القود ولان القصاص عقوبة متناهيه فيستدعي جناية متناهيه والجناية لا تتناهى الا بالعمد والرابع ان يكون القتل منه عمدا محضا ليس فيه شبهة العمد لان النبي صلى الله عليه وسلم شرط العمد مطلقا بقوله العمد قود والعمد المطلق هو العمد من كل وجه ولا كمال مع شبهة العدم ولان الشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة وعلى هذا اخرج القتل بضربة او ضربتين على قصد القتل انه لا يوجب القود لان الضربة او الضربتين مما لا يقصد به القتل عادة بل التاديب والتهذيب فتمكنت في القصد شبهة العدم وعلى هذا اخرج قول اصحابنا في الموالاة في الضربات انها لا توجب القصاص خلافا للشافعي رحمه الله وجه قوله ان الموالاة في الضربات دليل قصد القتل لانها لا يقصد بها التاديب عادة واصل القصد موجود فيتمحض القتل عمدا فيوجب القصاص ولنا ان شبهة عدم القصد ثابتة لانه يحتمل حصول القتل بالضربة والضربتين على سبيل الاستقلال من غير الحاجة الى الضربات الاخر والقتل بضربة او ضربتين لا يكون عمدا فتبين بذلك انه لا يوجب القصاص واذا جا الاحتمال جات الشبهة وزيادة وعلى هذا تخرج قول ابي حنيفة رحمه الله في القتل بالمثقل انه لا يوجب القود خلافا لابي يوسف ومحمد والشافعي وجه قولهم ان الضرب بالمثقل مهلك عادة الا ترى انه لا يستعمل الا في القتل فكان استعماله دليل القصد الى القتل كاستعمال السيف وقد انضم اليه اصل القصد فكان القتل الحاصل به عمدا محضا ولابي حنيفة رحمه الله طريقان مختلفان على حسب اختلاف الروايتين عنه احدهما ان القتل بالة غير معدة للقتل دليل عدم القصد لان تحصيل كل فعل بالة المعدة له تحصيله بغيرها اعد له دليل عدم القصد

والمثقل وما يجري مجراه ليس بمعد للقتل عادة فكان القتل دلالة عدم القصد فيتمكن في العمدية شبهة العدم بخلاف القتل بحديدة لا حد لها لان الحديد الة معدة للقتل قال الله تعالى وانزلنا الحديد فيه باس شديد والقتل بالعمود معتاد فكان القتل به دليل القصد فيتمحض عمدا وهذا على قياس ظاهر الرواية والثاني وهو على قياس رواية الطحاوي وهو اعتبار الجرح انه يمكن القصور في هذا القتل لوجود افساد الباطن دون الظاهر وهو نقض للتركيب وفي له سيفا وفي افساد الباطن والظاهر جميعا فلا يتحقق التماثل وعلى هذا الخلاف اذا اختنق رجلا فقتله او غرقه بالما او القاه من جبل او سطح فمات انه لا قصاص فيه عند ابي حنيفة وعندهما يجب ولو طين على احد بيتا حتى مات جوعا او عطشا لا يضمن شيا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يضمن الديه وجه قولهما ان الطين الذي عليه تسبيبا لاهلاكه لانه لا بقا للادمي الا بالاكل والشرب فالمنع عند استيلا الجوع والعطش عليه يكون اهلاكا له فاشبه حفر البير على قارعة الطريق ولابي حنيفة ان الهلاك حصل بالجوع والعطش لا بالطين ولا صنع لاحد في الجوع والعطش بخلاف الحفر فانه سبب للوقوع والحفر حصل من الحافر فكان قتلا تسبيبا ولو اطعمه غيره سما فمات فان كان تناوله بنفسه فلا ضمان على الذي اطعمه لانه اكله باختياره لكنه يعزر ويضرب ويودب لانه ارتكب جناية ليس لها حد مقدر وهي الغرور فان اوجره السم فعليه الدية عندنا وعند الشافعي عليه القصاص ولو غرق انسانا فمات او صاح على وجهه فمات فلا قود عليه عندنا وعليه الديه وعنده عليه القود والخامس ان يكون القاتل مختارا اختيار الايثار عند اصحابنا الثلاثه وعند زفر والشافعي هذا ليس بشرط وعلى هذا اخرج المكره على القتل انه لا قصاص عليه عندنا خلافا لهما والمسله مرت في كتاب الاكراه واما الذي يرجع الى المقتول فثلثة انواع احدها ان لا يكون جزو القاتل حتى لو قتل الاب ولده لا قصاص عليه وكذلك الجد اب الاب او اب الام وان علا وكذلك اذا قتل الرجل ولد ولده وان سفلوا وكذا الام اذا قتلت ولدها او ام الام او ام الاب اذا قتلت ولد ولدها والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يقاد الوالد بولده واسم الوالد والولد يتناول كل والد وان علا وكل ولد وان سفل ولو كان في ورثة المقتول ولد القاتل او ولد ولده فلا قصاص لانه تعذر ايجاب القصاص للولد في نصيبه فلا يمكن الايجاب للباقين لانه لا يتجزى ويجب الديه للكل ويقتل الولد بالوالد لعمومات القصاص من غير فصل ثم خص منها الوالد بالنص الخاص فبقي الولد داخلا تحت العموم ولان القصاص شرع لتحقيق حكمة الحياة بالزجر والردع والحاجة الى الزجر في جانب الولد لا في جانب الوالد لان الوالد يحب ولده لولده لا لنفسه بوصول النفع اليه من جهته او يحبه لحياة الذكر لما يحيى به ذكره وفيه ايضا زيادة شفقة تمنع الوالد عن قتله واما الولد انما يحب والده لا لوالده بل لنفسه وهو وصول النفع اليه من جهته فلم يكن محبته وشفقته مانعة من القتل فلزم المنع بشرع القصاص كما في الاجانب ولان محبة الولد لوالده لما كانت لما تصل اليه من جهته لا لعينه فربما يقتل الوالد ليتعجل الوصول الى املاكه لا سيما اذا كان لا يصل النفع اليه من جهته لعوارض ومثل هذا نادر في جانب الاب والثاني ان لا يكون مملوك القاتل ولا له فيه شبهة الملك حتى لا يقتل المولى بعبده لقوله عليه السلام لا يقاد

الوالد بولده ولا السيد بعبده ولانه لو وجب القصاص لوجب له والقصاص من الواحد
كيف يجب له وعليه وكذا اذا كان يملك بعضه فقتله لا قصاص عليه لانه لا يمكن استيفاء
بعض القصاص دون بعض لانه غير متجزي وكذا اذا كان له فيه شبهة الملك كالمكاتب اذا
قتل عبدا من كسبه لان للمكاتب شبهة الملك في اكسابه والشبهة في هذا الباب
ملحقة بالحقيقة ولا يقتل المولى بمدبره وام ولده ومكاتبه لانهم مماليكه حقيقة الا ترى
لو قال كل مملوك لي فهو حر عتق هؤلاء الا المكاتب فانه لا يعتق الا بالنية لقصور في الاضافة
اليه بالملك لزوال ملك اليد ويقتل العبد بمولاه وكذا المدبر وام الولد والمكاتب لعمومات
النصوص ولتحقيق ما شرع له القصاص وهو الحيوة بالزجر والرجوع بخلاف المولى اذا
قتل هؤلاء لان شفقة المولى على ماله يمنعه عن القتل عند سجان العداوة الحاملة على القتل الا
نادرا فلا حاجة الى الزجر بالقصاص بخلاف العبد ولو اشترك اثنان في قتل رجل احدهما
ممن يجب القصاص عليه لو انفرد والاخر لا يجب عليه لو انفرد ممن ذكرنا كالصبي مع البالغ
والمجنون مع العاقل والخاطي مع العامد والاب مع الاجنبي لا قصاص عليهما عندنا وقال الشافعي
يجب القصاص على العاقل والبالغ والاجنبي الا العامد فانه لا قصاص عليه اذا شاركه الخاطي
وحجته قوله ان سبب الوجوب وجد من كل واحد منهما وهو القتل العمد الا انه امتنع
الوجوب على احدهما لمعنى يخصه فيجب على الاخر ولنا انه تمكنت شبهة عدم القتل في فعل
كل واحد منهما لانه يحتمل ان يكون فعل من لا يجب عليه القصاص لو انفرد مستقلا في القتل
فيكون فعل الاخر فضلا ويحتمل على القلب وهذه الشبهة ثابتة في الشريكين الاجنبيين الا ان
الشرع اسقط اعتبارها والحقها بالعدم فتحا لباب القصاص وسد الباب العدوان لان
الاجتماع ثم يكون اغلب وهاهنا انه نادر فلم يكن في معنى مورد الشرع فلا يلحق به وعليهما الدية
لوجود القتل الا انه امتنع وجوب القصاص للشبهة فيجب الدية ثم ما يجب على الصبي والمجنون
والخاطي تحمله العاقلة وما يجب على البالغ والعاقل والعامد يكون في ماله لان القتل عمد لكن
سقط القصاص للشبهة والعاقلة لا تعقل العمد وفي الاب والاجنبي الدية في مالهما لان القتل
عمد وفي المولى مع الاجنبي على الاجنبي نصف قيمة العبد في ماله لما قلنا وكذلك اذا جرح نفسه
وجرحه اجنبي كان لا قصاص على الاجنبي عندنا خلافا للشافعي وعلى الاجنبي نصف الدية لانه مات
بجرحين احدهما هدر والاخر معتبر وعلى هذا مسائل تاتي في موضع اخر ان شاء الله تعالى
والثالث ان يكون معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم
العصمة اصلا ورأسا ولا بالحربي المستامن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة
بل موقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام وهذا لان المستامن من اهل دار الحرب وانما
دخل دار الاسلام لا لقصد الاقامة بل لعارض حاجة يدفعها ثم يعود الى وطنه الاصلي فكانت
في عصمته شبهة العدم وروي عن ابي يوسف انه يقتل به قصاصا لقيام العصمة وقت القتل
وهل يقتل المستامن بالمستامن ذكر في السير الكبير انه يقتل وروى ابن سماعة عن محمد انه
لا يقتل ولا يقتل العادل بالباغي لعدم العصمة بسبب الحراب لانهم يقصدون اموالنا
وانفسنا ويستحلونها وقد قال عليه قاتل دون نفسك وقاتل دون مالك ولا
يقتل الباغي بالعادل ايضا عندنا وعند الشافعي يقتل لان المقتول معصوم مطلقا ولنا
انه غير معصوم في زعم الباغي لانه يستحل دم العادل بتاويل وتاويله وان كان فاسدا لكن
له

والمولى صح

له منعة والتاويل الفاسد عند وجود المنعة ملحق بالتاويل الصحيح في حق وجوب الضمان باجماع
الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن الزهري انه قال وقعت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم متوافرون فاتفقوا على ان كل دم استحل بتاويل القران فهو موضوع وعلى هذا
يخرج ما اذا قال الرجل لاخر اقتلني فقتله انه لا قصاص عليه عند اصحابنا الثلاثة وعند
زفر يجب القصاص وجه قوله ان الامر بالقتل لم يقدح في العصمة لان عصمة النفس مما لا يحتمل
الاباحة بحال الا ترى انه اثم بالقول فكان الامر ملحقا بالعدم بخلاف الامر بالقطع لان عصمة الطرف
يحتمل الاباحة في الجملة فجاز ان يؤثر الامر فيها ولنا انه تمكنت في هذه العصمة شبهة العدم
لان الامر وان لم يصح حقيقة فصيغته تورث شبهة والشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة
واذا لم يجب القصاص فهل تجب الدية فيه روايتان عن ابي حنيفة في رواية يجب وفي رواية
لا يجب وذكر القدوري ان هذا اصح الروايتين وهو قول ابي يوسف ومحمد وينبغي ان يكون
الاصح هو الاول لان العصمة قائمة مقام الحرمة وانما سقط القصاص لمكان الشبهة والشبهة
لا تمنع وجوب المال ولو قال اقطع يدي فقطع لا شيء بالاجماع لان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال وعصمة المال تثبت حقا له فكانت محتملة للسقوط بالاباحة والاذن كما لو قال
له اتلف مالي فاتلفه ولو قال اقتل عبدي او اقطع يده فقتل لا ضمان عليه لان عبده
ماله وعصمة ماله تثبت حقا له فجاز ان يسقط باذنه كما في سائر امواله ولو قال اقتل اخي
فقتله وهو وارثه القياس ان يجب القصاص وهو قول زفر وقال ابو حنيفة استحسن
ان اخذ الدية من القاتل وجه القياس ان الاخ الامر اجنبي عن دم اخيه فلم يصح اذنه
بالقتل فالتحق بالعدم وجه الاستحسان ان القصاص لو وجب بقتل اخيه لوجب له
والقتل حصل باذنه والاذن وان لم يعمل شرعا لكنه وجد حقيقة من حيث الصيغة فوجوده
يورث شبهة كالاذن بقتل نفسه والشبهة لا تؤثر في وجوب المال فيجب المال
وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة فيمن امر انسانا ان يقتل ابنه فقتله انه يقتل به وهذا
يوجب اختلاف الروايتين في المسألتين ولو امره ان يشجه فشجه فلا شيء عليه ان لم يمت
من الشجة لان الامر بالشجة كالامر بالقطع وان مات منها كانت عليه الدية كذا ذكر في الكتاب
ويحتمل ان يكون هذا على اصل ابي حنيفة خاصة بناء على ان العفو عن الشجة لا يكون عفوا عن
القتل عنده فكذا الامر بالشجة لا يكون امرا بالقتل فلما مات تبين ان الفعل وقع قتلا من حين
وجوده لا شجا وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فيجب الدية فاما على
اصلهما فينبغي ان لا يكون عليه شيء لان العفو عن الشجة يكون عفوا عن القتل عندهما فكذا الامر
بالشجة يكون امرا بالقتل وروى ابن سماعة عن محمد فيمن امر انسانا ان يقطع يده ففعل ثم مات
من ذلك انه لا شيء على قاطعه ويحتمل ان يكون هذا على قولهما خاصة كما قالا فيمن له
القصاص في الطرف اذا قطع طرف من عليه القصاص فمات انه لا شيء عليه فاما على قول
ابي حنيفة فينبغي ان يجب الدية لانه لما مات تبين ان الفعل وقع قتلا والمامور به
القطع لا القتل وكان القياس ان يجب القصاص كما قال فيمن له القصاص في الطرف
الا انه سقط لمكان الشبهة فيجب الدية وعلى هذا يخرج الحربي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر
الينا فقتله مسلم انه لا قصاص عليه عندنا لانه وان كان مسلما لكنه من اهل دار الحرب
قال الله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فكونه من اهل دار الحرب اورث

عليه صح

شبهة في عصمته ولانه اذا لم يهاجر الينا فهو مكثر سواد الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم
على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو وان لم يكن منهم دينا فهو منهم دارا فيورث الشبهة
ولو كانا مسلمين تاجرين او اسيرين في دار الحرب فقتل احدهما صاحبه فلا قصاص ايضا
وتجب الدية والكفارة في التاجرين وفي الاسيرين خلاف ذكرناه في كتاب السير ولا يشترط
ان يكون المقتول مثل القاتل في كمال الذات وهو سلامة الاعضاء ولا ان يكون مثله في
الشرف والفضيلة فيقتل سليم الاطراف بمقطوع الاطراف والاشل ويقتل العالم بالجاهل
والشريف بالوضيع والعاقل بالمجنون والبالغ بالصبي والذكر بالانثى والحر بالعبد والمسلم
بالذمي الذي يودي الجزية ويجري عليه احكام الاسلام وقال الشافعي كون المقتول مثل القاتل
في شرف الاسلام والحرية شرط وجوب القصاص ونقصان الكفر والرق يمنع من الوجوب
فلا يقتل المسلم بالذمي ولا الحر بالعبد ولا خلاف في ان الذمي اذا قتل ذميا ثم اسلم القاتل انه
يقتل به قصاصا وكذا العبد اذا قتل عبدا ثم عتق القاتل احتج في قتل المسلم بالذمي بما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يقتل مسلم بكافر وهذا نص في الباب ولان في
عصمته شبهة العدم لثبوتها مع قيام المنافي وهو الكفر لانه مبيح في الاصل لكونه جناية
متناهية فيوجب عقوبة متناهية وهو القتل لكونه من اعظم العقوبات الدنياوية
الا انه منع من قتله لغيره وهو نقض العهد الثابت بالذمة فقيامه يورث شبهة ولهذا
لا يقتل المسلم بالمستامن فكذا الذمي ولان المساواة شرط وجوب القصاص ولا مساواة
بين المسلم والكافر الا ترى ان المسلم مشهود له بالسعادة والكافر مشهود له بالشقا
فانى يتساويان ولنا عمومات القصاص من نحو قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله
تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه
سلطانا من غير فصل بين قتيل وقتيل ونفس ونفس ومظلوم ومظلوم فمن ادعى التخصيص
او التقييد فعليه الدليل وقوله تعالى ولكم في القصاص حيوة وتحقق معنى الحيوة
في قتل المسلم بالذمي ابلغ منه في قتل المسلم بالمسلم لان العداوة الدينية تحمله على القتل
خصوصا عند الغضب ويجب عليه قتله لغيظ فكانت الحاجة الى الزاجر امس فكان
في شرع القصاص فيه في تحقيق معنى الحيوة ابلغ وروى محمد بن الحسن باسناده
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اقاد مؤمنا بكافر وقال انا احق من وفى
بذمته واما الحديث فالمراد من الكافر المستامن لانه قال لا يقتل مومن بكافر ولا
ذو عهد في عهده عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم فكان معناه لا يقتل مومن
بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول او نحمله على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن
التناقض واما قوله في عصمته شبهة العدم فممنوع بل دمه حرام لا يحتمل الاباحة
بحال مع قيام الذمة بمنزلة دم المسلم مع قيام الاسلام وقوله الكفر مبيح على الاطلاق
ممنوع بل المبيح هو الكفر الباعث على الحراب وكفره ليس بباعث على الحراب فلا يكون
مبيحا وقوله لا مساواة بين المسلم والكافر قلنا المساواة في الدين ليس بشرط الا
ترى ان الذمي اذا قتل ذميا ثم اسلم القاتل يقتل به قصاصا ولا مساواة بينهما في الدين لكن
القصاص محنة امتحن الله الخلق بذلك فكل من كان اقبل لحق الله تعالى واشكر لنعمه كان
اولى بهذه المحنة لان العذر له في ارتكاب المحذور اقل وهو بالوفاء بعهد الله تعالى اولى جدير لله تعالى

يقتل العالم بالجاهل
والعاقل بالمجنون

في حقه

في حقه اكمل فكانت جنايته اغلظ واحتج في قتل الحر بالعبد بقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فسر
القصاص المكتوب في صدر الاية بقتل الحر بالحر والعبد بالعبد فيجب ان لا يكون قتل الحر بالعبد قصاصا
ولانه لا مساواة بين النفسين في العصمة لوجهين احدهما ان الحر ادمي من كل وجه والعبد ادمي من
وجه مال من وجه وعصمة الحر يكون له وعصمة المال يكون للمالك والثاني ان في عصمة العبد
شبهة العدم لان الرق اثر الكفر والكفر مبيح في الاصل فكان في عصمته شبهة العدم وعصمة الحر
ثبتت مطلقة فانى يستويان في العصمة وكذا لا مساواة بينهما في الفضيلة والكمال لان الرق يشعر
بالذل والنقصان والحرية تنبئ عن العزة والشرف ولنا عمومات القصاص من غير فصل بين الحر والعبد
لا يخفى الحر يلحق نفسه بقتل العبد فلا يمتنع عن قتله بل يقدم عليه عند اسباب حاملة على
القتل من الغيظ المفرط ونحو ذلك فلا يحصل معنى الحيوة ولا حجة في الاية لان فيها ان قتل الحر
بالحر والعبد بالعبد قصاص وهذا لا ينفي ان يكون قتل الحر بالعبد قصاصا لان التنصيص لا يدل
على التخصيص ونظيره قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب
جلد مائة ورجم بالحجارة ثم البكر اذا زنى بالثيب وجب الحكم الثابت بالحديث فدل انه ليس في ذكر
شكل بشكل تخصيص الحكم به يدل عليه ان العبد يقتل بالحر والانثى بالذكر ولو كان التنصيص
على الحكم في نوع موجبا تخصيص الحكم به لما قتل ثم قوله والانثى بالانثى حجة عليكم لانه قابل
الانثى بالانثى مطلقا فيقتضي ان يقتل الحرة بالامة وعندكم لا يقتل فكان حجة عليكم وقوله
العبد ادمي من وجه مال من وجه قلنا لا بل ادمي من كل وجه لان الادمي اسم لشخص على هيئة مخصوصة
منسوب الى ادم عليه السلام والعبد بهذه الصفة فكانت عصمته مثل عصمة الحر بل فوقها على
ان نفس العبد في الجناية له لا لمولاه بدليل ان العبد لو اقر على نفسه بالقصاص والحد يوخذ به
ولو اقر عليه مولاه بذلك لا يوخذ به فكان نفس العبد له لا لمولاه كنفس الحر للحر واما قوله الحر افضل
من العبد فنعم لكن التفاوت في الشرف والفضيلة لا يمنع وجوب القصاص الا ترى ان العبد لو
قتل عبدا ثم اعتق القاتل يقتل به قصاصا وان استفاد فضل الحرية وكذا الذكر يقتل بالانثى وان
كان الذكر افضل من الانثى وكذا لا تشترط المماثلة في العدد في القصاص في النفس وانما تشترط في
الفعل بمقابلة الفعل زجرا او في الذات بالفعل جبرا حتى لو قتل جماعة واحدا يقتلون به قصاصا
وان لم يكن بين الواحد والعشرة مماثلة لوجود المماثلة في الفعل والفائت به جبرا وزجرا على ما نذكر
واحق ما يجعل فيه القصاص اذا قتل الجماعة الواحد لان القتل لا يوجد عادة الا على سبيل
التعاون والاجتماع فلو لم يجعل فيه القصاص لانسد باب القصاص اذ كل من رام قتل غيره استعان
بغيره وضمه الى نفسه ليبطل القصاص عن نفسه وفيه تفويت ما شرع له القصاص وهو الحيوة
هذا اذا كان القتل على الاجتماع فاما اذا كان على التعاقب بان شق رجل بطنه ثم حز اخر رقبته
فالقصاص على الحاز ان كان عمدا وان كان خطا فالدية على عاقلته لانه هو القاتل لا الشاق الا ترى
انه قد يعيش بعد شق البطن بان يخاط بطنه ولا يحتمل ان يعيش بعد حز الرقبة عادة وعلى الشاق
ارش الشق وهو ثلث الدية لانها جائفة هذا اذا كان الشق مما يحتمل ان يعيش بعده يوما
او بعض يوم فاما اذا كان لا يتوهم ذلك ولم يبق معه الا اضطراب الموت والاضطراب فالقصاص على
الشاق لانه القاتل ولا ضمان على الحاز لانه قتل المقتول من حيث المعنى لكنه يعزر لارتكابه جناية
ليس لها حد مقدر وكذلك لو جرحه رجل جراحة مثخنة لا يعيش معها عادة ثم جرحه اخر جراحة
اخرى فالقصاص على الاول لانه القاتل لاتيانه بفعل مؤثر في فوات الحياة عادة فان كانت الجراحتان

معا فالقصاص عليهما لانهما قاتلان ولو جرحه احدهما جراحة واحدة والاخر عشر جراحات فالقصاص
عليهما ولا عبرة بكثرة الجراحة لان الانسان قد يموت بجراحة واحدة ولا يموت بجراحات كثيرة والله اعلم
وكذلك الواحد يقتل بالجماعة قصاصا اكتفاء ولا يجب مع القود شيء من المال عندنا وقال الشافعي
ينظر ان قتلهم على التعاقب يقتل بالاول قصاصا ويؤخذ ديات الباقين من تركته وان قتلهم معا فله فيه
قولان في قول يقرع بينهم فمن خرجت قرعته يقتل به وتجب الديات للباقين وفي قول يجمع اولياء
القتلى فيقتلونه ويقسم ديات الباقين بينهم وجه قوله ان المماثلة مشروطة في باب القصاص ولا
مماثلة بين الواحد والجماعة فلا يجوز ان يقتل الواحد بالجماعة على طريق الاكتفاء بل يقتل الواحد بالواحد
وتجب الديات للباقين كما لو قطع واحد يمنى رجلين انه لا تقطع يمينه بهما اكتفاء بل تقطع باحدهما وعليه ارش
الاخرى لما قلنا كذا هذا وكان ينبغي ان لا تقتل الجماعة بالواحد قصاصا الا انا عرفنا ذلك باجماع الصحابة
رضي الله عنهم غير معقول او معقولا بحكمة الزجر والردع لما يغلب وجود القتل بصفة الاجتماع فتقع
الحاجة الى الزجر فيجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال كان ليس معه غيره تحقيقا للزجر وقتل الواحد
الجماعة لا يغلب وجوده بل يندر فلم يكن في معنى ما ورد الشرع به فلا يلحق به وانا نقول حق الاولياء
في القتل مقدور الاستيفاء لهم فلو اوجبنا معه المال لكان زيادة على القتل وهذا لا يجوز والدليل على
ان القتل مقدور الاستيفاء لهم ان المماثلة في باب القصاص اما ان يراعى في الفعل زجرا واما ان يراعى
في الفائت بالفعل جبرا واما ان يراعى فيهما جميعا وكل ذلك موجود هاهنا اما في الفعل زجرا فلان
الموجود من الواحد في حق كل واحد من الجماعة فعل مؤثر في فوات الحياة عادة والمستحق لكل واحد
من اولياء القتلى قتل القاتل قتله فكان الجزاء مثل الجناية واما في الفائت جبرا فلانه بقتله الجماعة ظلما
انعقد سبب هلاك ورثة القتلى لانهم يقصدون قتله طلبا للثار وتشفيا للصدور فيقصد
هو قتلهم دفعا للهلاك عن نفسه فيقع المحاربة بين القبيلتين ومتى قتل بهم قصاصا سكنت الفتنة
واندفع سبب الهلاك عن ورثتهم فيحصل الحياة لكل قتيل معنى ببقاء حياة ورثته بسبب القصاص
فيصير كان القاتل رد حيوة كل قتيل تقديرا بدفع سبب الهلاك عن ورثته فيتحقق الجبر بالقدر
الممكن كما في قتل الواحد بالواحد والجماعة بالواحد من غير تفاوت واما الذي يرجع الى نفس القتل
فنوع واحد وهو ان يكون القتل مباشرة فان كان تسبيبا لا يجب القصاص لان القتل تسبيبا لا
يساوي القتل مباشرة والجزاء قتل بطريق المباشرة وعلى هذا يخرج من حفر بئرا على قارعة الطريق
فوقع فيها انسان ومات انه لا قصاص على الحافر لان الحفر قتل تسبيبا لا مباشرة وعلى هذا يخرج
شهود القصاص اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه او جاء المشهود بقتله حيا لانه لا قصاص
عليهم عندنا خلافا للشافعي وجه قوله ان شهادة الشهود وقعت قتلا لان القتل اسم لفعل يؤثر
في فوات الحياة عادة وقد وجد من الشهود مباشرة بغير حق وهل يجب الكفارة في القتل ذكر
الكرخي انها تجب والحقه بالقتل الخطا المحض في وجوب الكفارة وقال بعض مشايخنا لا يجب
والحقه بالعمد المحض في عدم وجوب الكفارة وجه ما ذكره الكرخي ان الكفارة انما وجبت في الخطا
اما بحق الشكر او بحق التوبة على ما بينا والداعي الى الشكر والتوبة هاهنا موجود وهو سلامة
البدن وكون الفعل جناية فيها نوع خفة لشبهة عدم القصد فامكن ان يحصل التحرير فيه توبة
وجه القول الاخر ان هذه جناية مغلظة الا ترى ان المؤاخذة فيها ثابتة بخلاف الخطا فلا يصلح التحرير
توبة لها كما في العمد المحض والله اعلم واما القتل الخطا فيختلف حكمه باختلاف القاتل والمقتول
فنفصل الكلام فيه فنقول القاتل والمقتول اما ان يكونا جميعا حرين واما ان كان القاتل حرا والمقتول
عبدا

عبدا واما ان كان القاتل عبدا والمقتول حرا واما ان كانا جميعا عبدين فان كانا حرين فيتعلق به احكام
منها وجوب الكفارة عند وجود شرائط الوجوب وهي نوعان بعضها يرجع الى القاتل وبعضها الى المقتول
اما الذي يرجع الى القاتل فالاسلام والعقل والبلوغ فلا تجب الكفارة على الكافر والصبي والمجنون لان
الكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادة والكفارة عبادة والصبي والمجنون لا يخاطب بالشرائع اصلا واما
الذي يرجع الى المقتول فهو ان يكون المقتول معصوما فلا يجب بقتل الحربي والباغي لعدم العصمة
واما كونه مسلما فليس بشرط فيجب سواء كان مسلما او ذميا او مستامنا وسواء كان مسلما اسلم
في دار الاسلام او في دار الحرب ولم يهاجر الينا لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة
الى قوله فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم وبينهم
ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة ولان القاتل قد سلم له الحياة في الدنيا وهي من
اعظم النعم ورفعت عنه المؤاخذة في الاخرة مع ان جواز المؤاخذة في الحكمة لما في وسع الخاطئ في الجملة
حفظ نفسه عن الوقوع في الخطا وهذه النعمة فكان وجوب الشكر لهذه النعمة موافقا للعقل
فبين الله تعالى مقداره وجنسه بهذه الاية ليقدر العبد على اداء ما وجب عليه من اصل الشكر بمقتضى
العقل ولان فعل الخطا جناية ولله تعالى المؤاخذة عليه بطريق العدل لانه مقدور الامتناع بالتكلف
والجهد واذا كان جناية فلا بد لها من التكفير والتوبة فجعل التحرير من العبد محو التوبة عن الفعل
الخطا بمنزلة التوبة الحقيقية في غيره من الجنايات الا انه جعل التحرير او الصوم توبة له دون التوبة
الحقيقية لخفة الجناية بسبب الخطا اذ الخطا معفو في الجملة وجائز العفو عن هذا النوع لخفة توبته
لخفة في الجناية فكان التحرير في هذه الجناية بمنزلة التوبة في سائر الجنايات ومنها حرمان الميراث
لانه وجد القتل مباشرة بغير حق اما المباشرة فلا شك فيها والحظر والحرمة فلان فعل الخطا جناية
جائز المؤاخذة عليها عقلا لما بينا والدليل عليه قوله تعالى ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا او اخطانا ولو
لم يكن جائز المؤاخذة لكان معنى الدعاء اللهم لا تجر علينا وهذا محال وانما وقع حكمها شرعا ببركة دعاء
النبي صلى الله عليه وسلم وقوله رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه مع بقاء وصف
على حاله وهو كونه جناية ومنها وجوب الدية والكلام في الدية في مواضع في بيان شرائط وجوب
الدية وفي بيان ما تجب منه الدية من الاجناس وفي بيان مقدار الواجب من كل جنس وفي بيان
صفته وفي بيان من تجب عليه الدية وفي بيان كيفية الوجوب اما الشرائط فبعضها شرط
اصل الوجوب وبعضها شرط كمال الواجب اما شرط اصل الوجوب فنوعان احدهما العصمة
وهو ان يكون المقتول معصوما فلا دية في قتل الحربي والباغي لعدم العصمة فاما الاسلام فليس
من شرائط وجوب الدية لا من جانب القاتل ولا من جانب المقتول فتجب الدية سواء كان القاتل
او المقتول مسلما او ذميا او حربيا مستامنا وكذلك العقل والبلوغ حتى تجب الدية في مال
الصبي والمجنون والاصل فيه قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى
اهله الا ان يصدقوا ولا خلاف في انه اذا قتل ذميا او حربيا مستامنا تجب الدية لقوله تعالى
وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله والثاني التقوم وهو ان يكون المقتول
متقوما وعلى هذا اتى الحربي اذا اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم او ذمي خطا انه تجب
الدية عند اصحابنا خلافا للشافعي بناء على ان التقوم بدار الاسلام عندنا وعنده بالاسلام وقد ذكرنا تقرير
هذا الاصل في كتاب السير ثم نتكلم في المسئلة ابتداء احتج الشافعي بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا
فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وهذا مؤمن قتل خطا فتجب الدية ولنا قوله تعالى

فان كان من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة مومنة والاستدلال به من وجهين احدهما انه جعل التحرير
جزاء قتله والجزاء يقتضي الكفاية فلو وجبت الدية معه لا تقع الكفاية بالتحرير وهذا خلاف النص والثاني
انه جعل التحرير كل الواجب بقتله لانه كل المذكور فلو اوجبنا معه الدية لصار بعض الواجب وهذا
تغيير حكم النص واما صدر الاية فلا يتناول هذا المومن لوجهين احدهما انه ذكر المومن مطلقا
فتناول المومن من كل وجه وهو المومن دينا ودارا وهذا مومن دينا لا دارا لانه مكثر سواد الكفرة
ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني انه افرد هذا المومن
بالذكر والحكم ولو تناوله صدر الاية لعرف حكمه به فكان الثاني تكرارا ولو حمل على المومن المطلق لم يكن
تكرارا فكان الحمل عليه اولى او يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه توفيقا بين الدليلين عملا بهما جميعا ثم عصمة
المقتول تعتبر وقت القتل ام وقت الموت ام في الوقتين جميعا على اصل ابي حنيفة تعتبر وقت القتل
لا غير وعلى اصلهما تعتبر وقت القتل والموت جميعا وعلى قول زفر تعتبر وقت الموت لا غير وعلى هذا
تخرج مسايل الرمي اذا رمى مسلما فارتد المرمي اليه ثم وقع به السهم وهو مرتد فمات فعلى الرامي
الدية في قول ابي حنيفة ان كان خطا تحمله العاقلة وان كان عمدا ففي ماله وعندهما لا شي عليه
وكذا عند زفر ولو رمى مرتدا او حربيا فاسلم ثم وقع السهم ومات لا شي عليه عند اصحابنا الثلاثة
وعند زفر عليه الدية وجه قول زفر ان الضمان انما يجب بالقتل والفعل انما يصير قتلا بفوات
الحيوة ولا عصمة للمقتول وقت فوات الحيوة فكان دمه هدرا كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات وهو مرتد
ولهما ان القتل يتعلق بالقاتل والمقتول لانه فعل القاتل واثره يظهر في المقتول بفوات الحيوة فلا
بد من اعتبار العصمة في الوقتين جميعا ولابي حنيفة ان الضمان انما يجب على الانسان بفعله ولا
فعل منه سوى الرمي السابق فكان الرمي السابق عند وجود زهوق الروح قتلا من حين وجوده
والمحل كان معصوما في ذلك الوقت فكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فيجب الدية
ولهذا لو كان مرتدا او حربيا وقت الرمي ثم اسلم فاصابه السهم وهو مسلم انه لا شي عليه عندهما وهذه
المسيلة حجة قوية لابي حنيفة عليهما في اعتبار وقت الرمي لا غير والدليل عليه ان في باب الصيد
يعتبر وقت الرمي في قولهم جميعا حتى لو كان الرامي مسلما وقت الرمي ثم ارتد فاصاب السهم الصيد
وهو مرتد يوكل وان كان الباب باب الاحتياط ومثله لو كان مجوسيا وقت الرمي ثم اسلم ثم وقع السهم
بالصيد وهو مسلم لا يوكل وكذلك حلال رمى صيدا ثم احرم ثم اصابه لا شي عليه وان رمى وهو
محرم ثم حل فاصابه فعليه الجزا فهذه المسايل حجة ابي حنيفة رحمه الله في اعتبار وقت الفعل
والاصل ان ما يرجع الى الاهلية تعتبر فيه اهلية الفاعل وقت الفعل بلا خلاف وما كان راجعا
الى المحل فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بخلاف ما اذا جرح مسلما ثم ارتد المجروح وهو مرتد انه
يهدر دمه لان الجرح السابق انقلب قتلا بالسراية وقد تبدل المحل حكما بالردة فيوجب
انقطاع السراية عن ابتداء الفعل كتبدل المحل حقيقة ولم يوجد هذا المعنى في مسيلتنا ولو
رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فمات فلا دية عليه ولهما عليه قيمته لمولاه في قول ابي
حنيفة وقال محمد على الرامي لمولاه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي لا شي عليه غير ذلك وذكر
القاضي في شرحه مختصر الطحاوي قول ابي يوسف مع قول محمد انه لما رمى اليه فقد صار ناقصا
بالرمي في ملك مولاه قبل وقوع السهم به لانه اشرف على الهلاك بتوجه السهم اليه فوجب عليه
ضمان النقصان فصار كما لو جرحه ثم اعتقه مولاه ثم وقع به السهم فمات فلا دية عليه ولها عليه
قيمته لمولاه في قول ابي حنيفة وقال محمد على الرامي لمولى العبد فضل ما بين قيمته مرميا

الى

(120) ۱۲۰

الى غير مرمي لا شي عليه غير ذلك وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي قول ابي يوسف مع قول
محمد انه لما رمى اليه فقد صار ناقصا بالرمي في ملك مولاه قبل وقوع السهم به لانه اشرف على الهلاك
بتوجه السهم اليه فوجب عليه ضمان النقصان فصار كما لو جرحه ثم اعتقه مولاه ولو كان
كذلك لانقطعت السراية ولا يضمن الدية ولا القيمة وانما يضمن النقصان كذا هذا وابو حنيفة
رحمه الله مر على اصله وهو اعتبار وقت الفعل لانه صار قاتلا بالرمي السابق وهو كان ملك
المولى واما بيان ما يجب منه الدية اختلف اصحابنا فيه قال ابو حنيفة الذي يجب
منه الدية ويقضى به ثلثة اجناس الابل والذهب والفضة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ستة اجناس الابل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل واحتجا بقضية عمر رضي الله عنه
فانه روي انه قضى بالدية من هذه الاجناس بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ولابي
حنيفة قول النبي صلى الله عليه وسلم في النفس المومنة مائة من الابل جعل الواجب من
الابل على الاشارة اليها فظاهره يقتضي الوجوب منها على التعيين الا ان الوجوب من النقدين
الاخرين ثبت بدليل اخر فمن ادعى الوجوب من الاصناف الاخر فعليه الدليل واما قضية
عمر رضي الله عنه فقد قيل انه انما قضى بذلك حين كانت الديات على العواقل فلما نقلها الى
الديوان قضى بها من الاجناس الثلاثة وذكر في كتاب المعاقل ما يدل على انه لا خلاف
بينهم فانه قال لو صالح الولي على اكثر من مائتي بقرة او مائتي حلة لم يجز بالاجماع ولو لم يكن ذلك
من جنس الدية لجاز واما بيان مقدار الواجب من كل جنس وبيان صفته فقدر الواجب
من كل جنس يختلف بذكورة المقتول وانوثته فان كان ذكرا فلا خلاف في ان الواجب
من الابل مائة لقوله عليه السلام في النفس المومنة مائة من الابل ولا خلاف ايضا في
ان الواجب من الذهب الف دينار لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الدية على كل
ذي عهد في عهده الف دينار والتقدير في حق الذمي يكون تقديرا في حق المسلم من طريق
الاولى واما الواجب من الفضة فقد اختلف فيه قال اصحابنا عشرة الاف درهم وزنا
وزن سبعة وقال مالك والشافعي اثنا عشر الفا والصحيح قولنا لما روي عن عمر رضي الله عنه
انه قال الدية عشرة الاف درهم بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه احد
فيكون اجماعا مع ان المقادير لا تعرف الا سماعا فالظاهر انه سمع من رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقدر الواجب من البقر عندهما مائتا بقرة ومن الحلل مائتا حلة ومن الغنم الفي
شاة ثم دية الخطا من الابل اخماس بلا خلاف عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض
وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية الخطا اخماس عشرون
بنات مخاض وعشرون بنو مخاض وعشرون بنو لبون وعشرون حقة وعشرون
جذعة وعندهما قدر كل بقرة خمسون درهما وقدر كل حلة خمسون درهما والحلة اسم لثوبين
ازار ورداء وقيمة كل شاة خمس دراهم ودية شبه العمد ارباع عند ابي حنيفة رحمه الله وابي
يوسف خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة
وخمس وعشرون جذعة وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعند محمد اثلاث ثلثون
حقة وثلاثون جذعة واربعون ما بين ثنية الى بازل عامها كلها خلفة وهو مذهب عمر وزيد
ابن ثابت رضي الله عنهما وعن علي رضي الله عنه انه قال في شبه العمد اثلاث ثلثة وثلاثون

عند ابي حنيفة الابل والذهب والفضة فعنده ثلثة اجناس

عصمة المقتول في اي وقت تعتبر

حقه وثلاثه وثلاثون جذعه واربعه وثلاثون خلفه والصحابه متى اختلفت في مسيله على قولين
او ثلاثه يجب ترجيح قول البعض على البعض والترجيح ههنا لقول ابن مسعود رضي الله عنه لوجهين
احدهما انه موافق للحديث المشهور الذي تلقته العلما بالقبول وهو قوله عليه السلام في النفس
المومنه مايه من الابل وفي ايجاب الحوامل ايجاب الزيادة على المايه لان الحمل اصل من وجه
والثاني ان ما قاله اقرب الى القياس لان الحمل معنى موهوم لا يوقف عليه حقيقه فان انتفاخ
البطن قد يكون للحمل وقد يكون لدا ونحو ذلك وان كان انثى فديه المراه على النصف من ديه
الرجل لاجماع الصحابه فانه روي عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله انه قالوا في
دية المراه انها على النصف من دية الرجل ولم ينقل انه انكر عليهم احد فيكون اجماعا ولان المراه في
ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل فكذلك في ديتها وهل يختلف قدر الديه بالاسلام والكفر قال
اصحابنا لا يختلف ودية الذمي والحربي المستامن كدية المسلم وهو قول ابراهيم النخعي والشعبي
والزهري وقال الشافعي يختلف دية اليهودي والنصراني اربعة الاف ودية المجوسي ثمان مايه
واحتج بحديث رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه جعل ديه هولا على هذه المراتب ولان
الانوثه لما اثرت في نقصان البدل فالكفر اولى لان نقيصة الكفر فوق كل نقيصه ولنا قوله
تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فديه مسلمة الى اهله اطلق القول بالديه في جميع انواع
القتل من غير فصل فيدل على ان الواجب في الكل على قدر واحد وروينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
جعل ديه كل ذي عهد في عهده الف دينار وروي ان عمرو بن اميه الضمري قتل مستامنين فقضى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهما بديه حرين مسلمين وعن الزهري انه قال قضى ابو بكر وعمر رضي الله
عنهما في دية الذمي بمثل دية المسلم ومثله لا يكذب وكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال
دية اهل الكتاب مثل دية المسلمين ولان وجوب كمال الديه يعتمد كمال حال القتيل فيما يرجع الى
احكام الدنيا وهي الذكوره والحرية والعصمه وقد وجد ونقصان الكفر يوثر في احكام الاخرة
لا في احكام الدنيا واما بيان من تجب عليه الديه فالديه تجب على القاتل لان سبب الوجوب
هو القتل وانه وجد من القاتل ثم الدية الواجبه على القاتل نوعان نوع تجب عليه في ماله
ونوع تجب عليه كله وتحمل عنه العاقله بعضه بطريق التعاون اذا كانت له عاقله وكل دية
وجبت بنفس القتل الخطا او شبه العمد تحملها العاقله وما لا فلا فلا تعقل الصلح لان بدل الصلح ما
وجب بالقتل بل بعقد الصلح ولا الاقرار لانها وجبت بالاقرار بالقتل لا بالقتل واقراره حجة في
حقه لا في حق غيره فلا يصدق في حق العاقله حتى لو صدقوا عقلوا ولا العمد بان قتل انسانا لان
الواجب بنفس القتل الدفع لا الفدا والفدا انما يجب باختيار المولى لا بنفس القتل ولا العمد بان
قتل الاب ابنه عمدا لانها وان وجبت بالقتل فلم تجب بالقتل الخطا او شبه العمد وهذا لان التحمل
من العاقله في الخطا وشبه العمد على طريق التخفيف على الجاني والعامد لا يستحق التخفيف وقد روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تعقل العاقله عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا
ما دون ارش الموضحه وقيل في معنى قوله ولا عبدا ان المراد منه العبد المقتول وهو الذي
تتكلم مولاه وهو مادون مدبوت او المكاتب لا العبد القاتل لانه لو كان كذلك لكان
من حق الكلام ان تقول لا تعقل العاقله عن عبد لان العرب تقول عقلت عن فلان اذا كان
فلان قاتلا وعقلت فلانا اذا كان فلان مقتولا كذا فرق الاصمعي ثم الوجوب على القاتل فيما
تحمله العاقله قول عامة المشايخ وقال بعضهم كل الديه في هذا النوع تجب على الكل ابتدا القاتل

والعاقله جميعا والصحيح هو الاول لقوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنه
ودية مسلمة الى اهله ومعناه فليحرر وليود وهذا خطاب للقاتل لا للعاقله دل ان
الواجب على القاتل ولما ذكرنا ان سبب الوجوب هو القتل وانه وجد من القاتل لا من
العاقله فكان الوجوب عليه لا على العاقله وانما العاقله تتحمل دية واجبه عليه ثم
دخول القاتل مع العاقله في التحمل مذهبنا وقال الشافعي القاتل لا يدخل معهم
بل يتحمل العاقله الكل دون القاتل وقال ابو بكر الاصم يتحمل القاتل دون العاقلة
لانه لا يجوز ان يوخذ احد بذنب غيره قال الله تعالى ولا تكسب كل نفس
الا عليها وقال تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وهذا لم يتحمل العاقله ضمان الاموال
ولا ما دون نصف عشر الدية كذا هذا ولنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى
بالغرة على عاقلة الضاربه وكذا قضى عمر رضي الله عنه بالدية على العاقله بمحضر من الصحابة
من غير نكير واما الاية فمعمول بموجبها لكن لم قلتم ان الحمل على العاقله اخذ بغير ذنب
فان حفظ القاتل واجب على عاقلته فاذا لم يحفظوا فقد فرطوا والتفريط منهم
ذنب ولان القاتل انما يقتل بظهر عشيرته فكانوا كالمشاركين له في القتل ولان
الدية مال كثير والزام الكل القاتل اجحاف به فيشاركه العاقله في التحمل تخفيفا
له وهو مستحق التخفيف لانه خاطي وبهذا فارق ضمان الاموال لان ضمان المال
لا يكثر عادة فلا تقع الحاجة الى التخفيف وما دون نصف عشر الدية حكمه حكم ضمان
الاموال واما الكلام مع الشافعي فوجه قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى
بالدية على العاقله فلا يدخل فيها القاتل وانا نقول نعم لكن معلولا بالنصرة والحفظ
وذلك على القاتل اوجب فكان اولى بالتحمل ثم الكلام في العاقله في موضعين احدهما في
تفسير العاقلة منهم والثاني في بيان القدر الذي يتحمله العاقله من الدية اما الاول
فالقاتل لا يخلو اما ان كان حر الاصل واما ان كان معتقا واما ان كان مولى الموالاه
فان كان حر الاصل فعاقلته اهل ديوانه ان كان من اهل الديوان وهم المقاتله
من الرجال الاحرار البالغين يوخذ مما يخرج من عطاياهم وهذا عندنا وعند الشافعي
عاقلته قبيلته من النسب والصحيح قولنا لاجماع الصحابة على ذلك فانه روي عن
ابراهيم النخعي انه قال كانت الديات على القاتل فلما وضع عمر رضي الله عنه الدواوين
جعلها على اهل الدواوين فان قيل قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقله
من النسب اذ لم يكن هناك ديوان فكيف يقبل قول عمر رضي الله عنه على مخالفة فعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم فالجواب لو كان عمر رضي الله عنه فعل ذلك وحده لكان
يجب حمل فعله على وجه لا يخالف فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وكان فعله بمحضر
من الصحابة ولا يظن بعمومهم الصحابة مخالفة فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فدل
انهم فهموا ان فعله كان معلولا بالنصره فاذا صارت النصرة في زمانهم الديوان نقلوا
العقل الى الديوان فلا يتحقق المخالفه وهذا لان التحمل من العاقله للتناصر وقبل
وضع الديوان كان التناصر بالقبيله وبعد الوضع صار التناصر بالديوان فصار عاقله
الرجل اهل ديوانه لا يوخذ من النسا والصبيان والمجانين والرقيق لانهم ليسوا من
اهل النصرة ولان هذا ضمان صلة وتبرع بالاعانه والصبيان والمجانين والمماليك

ليسوا من اهل التبرع وان لم يكن له ديوان فعاقلته من النسب لان انتصاره بهم وان كان
القاتل معتقا او مولى الموالاة فعاقلته مولاه وقبيلة مولاه لقوله عليه السلام مولى القوم
منهم ثم عاقلة المولى الاعلى القبيلة اذا لم يكن من اهل الديوان فكذا عاقلة مولاه ولان
استنصاره بمولاه وقبيلته فكانوا عاقلته هذا اذا كان للقاتل عاقلة فاما اذا لم يكن
له عاقلة كاللقيط والحربي والذمي اسلم فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية وروى
محمد عن ابي حنيفة انه يجب الدية عليه من ماله لا على بيت المال وجه هذه الرواية
ان الاصل هو الوجوب في مال القاتل لان الجناية وجدت منه وانما الاخذ من
العاقلة بطريق التحمل فاذا لم يكن له عاقلة يرد الامر فيه الى حكم الاصل وجه ظاهر
الرواية ان الوجوب على العاقلة لمكان التناصر فاذا لم يكن له عاقلة كان استنصاره
بعامة المسلمين وبيت المال مالهم فكان ذلك عاقلته واما بيان مقدار ما يتحمله العاقلة
من الدية فلا يوخذ من كل واحد منهم الا ثلثة دراهم او اربعة دراهم ولا يزاد على ذلك
لان الاخذ منهم على وجه الصلة والتبرع تخفيفا على القاتل فلا يجوز التغليظ عليهم بالزيادة
ويجوز ان ينقص عن هذا القدر اذا كانت العاقلة كثيرا فان قلت حتى اصاب الرجل
منهم اكثر من ذلك ضم اليهم اقرب القبائل اليهم من النسب سوا كانوا من اهل الديوان
او لا ولا يقتصر عليهم ولا يدخل القاتل مع العاقلة ويكون فيما يودى كاحدهم لان العاقلة
يتحمل جنايته وجدت منه وضمانا وجب عليه فكان هو اولى بالتحمل واما بيان كيفية
وجوب الدية فنقول لا خلاف في ان دية القتل الخطا تجب موجلة على العاقلة
في ثلاث سنين لاجماع الصحابة على ذلك فانه روي ان عمر رضي الله عنه قضى بذلك
بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه خالفه احد فيكون اجماعا ويوخذ من ثلاث عطايا
ان كان القاتل من اهل الديوان لان لهم في كل سنة عطية فان تعجل العطايا الثلاث
في سنة واحدة يوخذ الكل في سنة واحدة وان تاخرت يتاخر حق الاخذ وان لم يكن
من اهل الديوان يوخذ منه ومن قبيلته من النسب في ثلاث سنين ولا خلاف في ان
الدية الواجبة بالاقرار بالقتل الخطا تجب في ماله في ثلاث سنين لان الاقرار
بالقتل اخبار عن وجود القتل وانه يوجب حقا موجلا فتحمله العاقلة الا انه لا يصدق
على العاقلة فيجب موجلا في ماله واختلف في شبه العمد والعمد الذي دخلته شبهة
وهو الاب اذا قتل ابنه عمدا قال اصحابنا انها تجب موجلة في ثلاث سنين الا ان دية
شبه العمد تتحملها العاقلة ودية العمد في مال الاب وقال الشافعي دية الدم تجب حالا
وجه قوله ان سبب الوجوب وجد حالا فتجب الدية حالا اذ الحكم يثبت على وفق
السبب هو الاصل الا ان التاجيل في الخطا ثبت معدولا به عن الاصل لاجماع الصحابة
رضي الله عنهم او ثبت معلولا بالتخفيف عن القاتل حتى تحمل عنه العاقلة والعامد يستحق
التغليظ وهذا اوجب في ماله لا على العاقلة ولنا ان وجوب الدية لم تعرف الا بنص
الكتاب وهو قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة
الى اهله والنص وان ورد بلفظ الخطا لكن غيره ملحق به الا انه مجمل في بيان القدر
والوصف وهو الاجل ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم بقضية عمر بمحضر منهم فصار
الاجل وصفا لكل دية وجبت بالنص وقوله دية الخطا وجبت بطريق التخفيف والعامد

يستحق

يستحق التغليظ قلنا وقد غلظنا عليه من وجهين احدهما بايجاب دية مغلظة والثاني
بالايجاب في ماله والجاني لا يستحق التغليظ من جميع الوجوه وكذلك كل جزء من الدية
يتحمله العاقلة او يجب في مال القاتل فذلك الجزء يجب في ثلاث سنين كالعشرة اذا قتلوا
رجلا خطا او شبه عمد حتى وجبت عليهم دية واحدة فعاقلة كل واحد منهم يتحمل عشرها
في ثلاث سنين وكذلك العشرة اذا قتلوا رجلا عمدا واحدهم ابوه حتى وجبت عليهم
دية واحدة في مالهم يجب على كل واحد منهم عشرها في ثلاث سنين لان الواجب على كل
واحد منهم جزء من دية موجلة في ثلاث سنين فكان تاجيل الدية تاجيلا لكل جزء من اجزائها
اذ الجزء لا يخالف الكل في وصفه ولا خلاف في ان بدل الصلح عن دم العمد يجب في ماله
حالا لانه لم يجب بالقتل وانما وجب بالعقد فلا يتاجل الا بالشرط كثمن البيع ونحو
ذلك وكذلك العبد اذا قتل انسانا خطا واختار المولى الفدا يجب الفدا حالا لان
الفدا لم يجب بالقتل بدلا عن القتيل وانما وجب بدلا عن دفع العبد والعبد لو دفع
يدفع حالا فكذا ما بدل له والله اعلم وهذا اذا كان القاتل حرا والمقتول حرا فاما
اذا كان القاتل حرا والمقتول عبدا فالعبد المقتول لا يخلو اما ان كان عبد اجنبي
واما ان كان عبد القاتل فان كان عبد اجنبي فيتعلق بهذا القتل حكمان احدهما
وجوب القيمة والكلام في القيمة في مواضع في بيان مقدار الواجب منها وفي بيان من
يجب عليه وفي بيان من تتحمله وفي بيان كيفية الوجوب اما الاول فالعبد لا يخلو اما
ان كان قليل القيمة واما ان كان كثير القيمة فان كان قليل القيمة بان كانت قيمته
اقل من عشرة الاف درهم يجب قدر قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وان كانت قيمته
عشرة الاف او اكثر اختلف فيه قال ابو حنيفة ومحمد يجب عشرة الاف الا عشرة
وروي عن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه يجب قيمته بالغة ما بلغت وهو
قول الشافعي والمسالة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روي عن عبد الله بن
مسعود مثل مذهبنا وروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه والحاصل
ان العبد ادمي ومال لوجود معنى الادمية والمالية فيه وكل واحد منهما معتبر
مضمون بالمثل والقيمة حالة الانفراد وبالقتل فوت المعنيين جميعا ولا وجه الى ايجاب
الضمان بمقابلة كل واحد منهما على الانفراد فلا بد من ايجابه بمقابلة احدهما واهدار
الاخر فيقع الكلام في الترجيح فادعى الشافعي الترجيح من وجهين احدهما ان الواجب
مال ومقابلة المال بالمال اولى من مقابلة المال بالادمي لان الاصل في ضمان العدوان
الوارد على حق العبد ان يكون مقيدا بالمثل ولا مماثلة بين المال والادمي فكان
ايجابه بمقابلة المال موافقا للاصل فكان اولى والثاني ان الضمان وجب حقا
للعبد وحقوق العباد تجب بطريق الجبر وفي ايجاب الضمان بمقابلة المالية
جبر حق المفوت عليه من كل وجه ولنا النص ودلالة الاجماع والمعقول اما
النص فقوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله
وهذا مومن قتل خطا فتجب الدية والدية ضمان الدم وضمان الدم لا يزاد على عشرة
الاف بالاجماع واما دلالة الاجماع فهو انا اجمعنا على انه لو اقر على نفسه بالقصاص
يصح وان كذبه المولى ولو ان الترجيح لمعنى الادمية لما صح لانه يكون اقراره اهدارا

لمال المولى قصدا من غير رضاه وانه لا يملك ذلك واما المعقول فمن وجهين احدهما
ان الادمية فيه اصل والمالية عارض وتبع والعارض لا يعارض الاصل والتبع لا يعارض
المتبوع ودليل اصالة الادمية من اوجه احدها انه كان خلق ادميا ثم ثبت فيه
وصف المالية بعارض الرق والثاني ان قيام المالية فيه بالادمية وجودا وبقاء لا على القلب
والثالث ان المال خلق وقاية للنفس والنفس ما خلقت وقاية للمال فكانت الادمية
فيه اصلا وجودا وبقاء وعرضا والثاني ان حرمة الادمي فوق حرمة المال لان
حرمة المال لغيره وحرمة الادمي لعينه فكان اعتبار النفسية واهدار المالية
اولى من القلب الا انه نقصت ديته عن دية الحر لكون الكفر منقصا في الجملة واظهارا
لشرف الحرية وتقدير النقصان بالعشرة ثبت توقيفا قال ابن مسعود ينقص من
دية الحر عشرة دراهم والظاهر انه قال ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم
لانه من باب المقادير ولان هذا ادنى ما له خطر في الشرع كما في نصاب السرقة
والمهر في النكاح قوله المال ليس بمثل الادمي قلنا نعم لكن لشرف الادمي وجب
المال لم يحصل مثلا له عند امكان ايجاب ما هو مثل له من كل وجه وهو النفس فاما
عند تعذر اعتباره من كل وجه فاعتبار المثل من وجه اولى من الاهدار قوله
الجبر في المال ابلغ قلنا بلى لكن فيه اهدار الادمي ومقابلة الجابر بالادمي الفايت
اولى من مقابلته بالمال الهالك وان كان الجبر ثمه اكثر لان فيه اعتبار جانب المولى
فيكون لغيره وفيما قلنا الجبر اقل لكن فيه اعتبار جانب نفس الادمي وهو العبد
وحرمة الادمي لعينه فكان ما قلناه اولى ولو كان المقتول امة فان كانت قليلة
القيمة فان كانت قيمتها اقل من خمسة الاف فهي مضمونة بقدر قيمتها تبلغ ما بلغت
وان كانت كثيرة القيمة بان كانت قيمتها خمسة الاف او اكثر يجب خمسة الاف الا عشرة
عند ابي حنيفة ومحمد وعلى رواية ابي يوسف وهو قول الشافعي يبلغ بالقيمة ما بلغت
والكلام في الامة كالكلام في العبد الا انما ينقص منها عشرة كما نقصت من دية العبد
وان اختلفا في قدر البدل لان هذه دية كاملة في الامة فينقص منها ما ينقص
في العبد بخلاف ما اذا قطع يد عبد يزيد نصف قيمته على خمسة الاف انه يجب
خمسة الاف الا خمسة لان الواجب هناك ليس بدية كاملة بل هو بعض الدية
لان اليد من نصفه فيجب نصف ما يجب في الكل والواجب في الانثى ليس بعض
دية الذكر بل هو دية كاملة في نفسها لكنها دية الانثى واما بيان من يجب عليه
ومن يتحملها فانها تجب على القاتل لوجود سبب الوجوب منه وهو القتل ويتحملها
العاقلة في قول ابي حنيفة ومحمد وعلى رواية ابي يوسف وهو قول الشافعي تجب في
مال القاتل وهذا بناء على الاصل الذي ذكرنا ان عند ابي حنيفة ومحمد ضمان العبد
بمقابلة النفسية وضمان النفس تتحمله العاقلة كدية الحر وعند الشافعي بمقابلة
المالية وضمان المال لا تتحمله العاقلة بل يكون في مال المتلف كضمان ساير الاموال
وروي عن ابي يوسف في كثير القيمة ان بقدر عشرة الاف تعقله العاقلة لان ذلك
القدر يجب بمقابلة النفسية وما زاد عليها لا تعقله لانه يجب بمقابلة المالية واما
كيفية وجوب القيمة على العاقلة عندنا وقدر ما يتحمل كل واحد منهم فما ذكرنا في دية

الحر من غير تفاوت والله اعلم والثاني وجوب الكفارة لعموم قوله تعالى ومن قتل
مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة من غير فصل بين الحر والعبد والله الموفق ولو كان
المقتول مدبرا او ام ولد او مكاتبا فحكمه حكم القن في جميع ما وصفنا وان
كان عبد القاتل فجناية المولى عليه هدر وكذا لو كان مدبره او ام ولده لان القيمة
لو وجبت لوجبت له عليه وهذا ممتنع وان كان مكاتبه فجناية المولى عليه لازمة
وعلى المولى قيمته في ثلاث سنين لان المكاتب فيما يرجع الى كسبه وارش جنايته
حر فكان كسبه وارشه له فالجناية عليه من المولى والاجنبي سوا ولا تعقلها العاقلة
بل يكون في ماله لقوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا والمكاتب
عندنا عبد ما بقي عليه درهم ولان المكاتب على ملك مولاه وانما ضمن جنايته بعقد
الكتابة والعقد ثابت بينهما غير ثابت في حق العاقلة وهذا لا تعقل العاقلة
الاعتراف لان اقرار المقر حجة في حقه لا في حق غيره وكذلك جناية المولى على رقيق
المكاتب وعلى ماله لان لما ذكرنا انه احق بكسبه من المولى والمولى كالاجنبي
فيه وكذا اذا كان ماذونا مديونا فعلى المولى قيمته لتعلق حق الغرماء برقبته
وبالقتل ابطل محل حقهم فيجب عليه قيمته ويكون في ماله بالنص ويكون حالة
لانه ضمان اتلاف المال هذا اذا كان القاتل حرا والمقتول عبدا واما اذا كان
القاتل عبدا والمقتول حرا فالحر المقتول لا يخلو من ان يكون اجنبيا او يكون
مولى العبد فان كان اجنبيا فالعبد القاتل لا يخلو من ان يكون قنا او مدبرا
او ام ولد او مكاتبا فان كان قنا يدفع اذا ظهرت جنايته الا ان يختار المولى
الفدا فلا بد من بيان ما يظهر به هذه الجناية وبيان حكم هذه الجناية وبيان
صفة الحكم وبيان ما يصير به المولى مختارا للفدا وشرط صحة الاختيار وبيان
صفة الفدا الواجب عند الاختيار اما الاول فهذه الجناية تظهر بالبينة واقرار
المولى وعلم القاضي ولا تظهر باقرار العبد محجورا كان او ماذونا لان العبد يملك
بالاذن بالتجارة ما كان من باب التجارة والاقرار بالجناية ليس من التجارة واذا لم
يصح اقراره لا يؤاخذ به لا في الحال ولا بعد العتاق لان موجب اقراره لا يلزمه وانما
يلزم مولاه فكان هذا اقرارا على المولى حتى لو صدقه المولى صح اقراره وكذا لو اقر
بعد العتاق انه كان جنى في حال الرق لا شي عليه لما ذكرنا ان هذا اقرار على المولى الا
ترى لو صدقه المولى واقر انه اعتقه وهو يعلم بالجناية فعلى المولى قيمته والله اعلم واما
حكم هذه الجناية فوجوب دفع العبد الى ولي الجناية الا ان يختار المولى الفدا عندنا
وقال الشافعي حكمها تعلق الارش برقبة العبد يباع فيه ويستوفى الارش من ثمنه
فان فضل شي منه فالفضل للمولى وان لم يف ثمنه بالارش يتبع بما بقي بعد العتاق وللمولى
ان يستخلصه ويؤدي الارش من مال اخر وجه قوله ان الاصل في ضمان الجناية انه
يجب على الجاني والواجب على الانسان اما ان يكون في ماله او يتحمل العاقلة عنه والعبد
لا مال له ولا عاقلة فتعذر الايجاب عليه فيجب في رقبته يباع فيه كدين الاستهلاك
في الاموال ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن علي وعبد الله بن عباس
مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم فانه روي عن علي وعبد الله ولم ينقل

الانكار عليهما من احد منهم فيكون اجماعا منهم والقياس يترك بمعارضة الاجماع ودين الاستهلاك
في باب الاموال يجب على العبد على ما عرف واما صفة هذا الحكم فصيرورة العبد واجب
الدفع على سبيل التعيين كثرت قيمة العبد او قلت وعند اختيار المولى الفدا ينتقل الحق
من الدفع الى الفدا سوى كان المجني عليه واحدا او اكثر غير انه ان كان واحدا وقع اليه واحدا
او اكثر غير انه ان كان واحدا وقع اليه ويصير كله مملوكا له وان كانوا جماعة يدفع اليهم
وكان مقسوما بينهم على قدر اروش جناياتهم وسوا كان على العبد دين وقت الجناية
او لم يكن وبيان هذه الجملة في مسايل اذا مات العبد الجاني قبل اختيار الفدا بطل
حق المجني عليه اصلا لان الواجب دفع العبد على طريق التعيين وذلك لا يتصور
بعد هلاك العبد فيسقط الحق اصلا وراسا وهذا يدل على ان قول من يقول حكم
هذه الجناية تخير المولى بين الدفع والفدا ليس بسديد لانه لو كان كذلك لتعين
الفدا عند هلاك العبد ولم يبطل حق المجني عليه اصلا على ما هو الاصل في المخير
بين شيئين اذا هلك احدهما انه يتعين عليه الاخر ولو مات بعد اختيار الفدا لا يبرا
بموت العبد لانه لما اختار الفدا فقد انتقل الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى فلا
يحتمل السقوط بهلاك العبد بعد ذلك ولو كانت قيمة العبد اقل من الدية فليس على
المولى الا الدفع لان وجوب الدفع حكما لهذه الجناية ثبت باجماع الصحابة رضي الله
عنهم ولم يفصلوا بين قليل القيمة وكثيرها ولو جنى العبد على جماعة فان شا المولى
دفعه اليهم لان تعلق حق المجني عليه الاول لا يمنع حق الثاني والثالث لان ملك المولى
لما لم يمنع التعلق فالحق اولى لانه دونه واذا دفعه اليهم كان مقسوما بينهم بالحصص
على قدر اروش جناياتهم لان حصة كل واحد منهم من العبد عوض عن الفايت فيتقدر
بقدر الفايت وان شا امسك العبد وغرم الجنايات بكمال اروشها ولو اراد المولى
ان يدفع من العبد الى بعضهم مقدار ما يتعلق به حقه ويفدي بعض الجنايات له ذلك
بخلاف ما اذا كان القتيل واحدا وله وليان فاراد المولى دفع العبد الى احدهما والفدا
في الاخر انه ليس له ذلك لان الجناية هناك واحدة ولها حكم واحد وهو وجوب الدفع
على التعيين وعند اختيار الفدا وجوب الفدا على التعيين ولا يجوز ان يجمع في جناية
واحدة بين حكمين مختلفين بخلاف ما اذا جنى على جماعة لان الجناية هناك متعددة
وله خيار الدفع والفدا في كل واحد منهما والدفع في البعض والدفع في البعض لا يكون
جمعا بين حكمين مختلفين في جناية واحدة فهو الفرق ولو قتل انسانا وفقا عين
اخر فان اختار الدفع دفعه اليهما اثلاثا لتعلق حقهما بالعبد اثلاثا وان اختار
الفدا فدا عن كل جناية بارشها وكذلك اذا شج انسانا شجاجا مختلفة انه ان دفع
العبد اليهم كان مقسوما بينهم على قدر جناياتهم وان اختار الفدا فدا عن الكل باروشها
ولو قتل العبد رجلا وعلى العبد دين يخير المولى بين الدفع والفدا ولا يبطل الدين
بحدوث الجناية لان موجب الجناية وجوب الدفع وتعلق الدين برقبة العبد لا يمنع
من الدفع الا انه يدفعه مشغولا بالدين فان فدا بالدية يباع العبد في الدين لانه
لما فدا فقد طهرت رقبة العبد عن الجناية فيباع الا ان يستخلصه المولى لنفسه
ويقضي دين الغرما واذا اختار الدفع الى اولياء الجناية فدفعه اليهم يباع لاجل الغرما

ثم

بينهم وانما بدا بالدفع لا يكون بالدين لان فيه رعاية الحقين حق اوليا الجناية بالدفع
اليهم والدفع حق اصحاب الدين بالبيع لهم ولو بدى بالدين فبيع به لبطل حق الاوليا
الجناية في الدفع لانه بالبيع يصير ملكا للمشتري لذلك بدي بالدفع وفايدة الدفع
الى اوليا الجناية ثم البيع هي ان يثبت لهم حق استخلاص العبد بالفدا لان للناس
اغراضا في الاعيان ثم اذا بيع فان فضل شي من ثمن العبد كان الفاضل لاوليا الجناية
لان العبد بيع على ملكهم لصيرورته ملكا لهم بالدفع اليهم وان لم يف ثمنه بالبيع لدين
يتاخر العبد الى اوليا الجناية شيا استحسانا والقياس ان يضمن وجه القياس ان الدفع
اليهم تمليك منهم بعد تعلق الدين برقبته فصار كانه باعه منهم ولو باعه منهم لضمن كذا
هذا وجه الاستحسان ان الدفع واجب عليه لما فيه من رعاية الحقين ما بينا ومن
فعل ما وجب عليه لا يضمن ولو حضر الغرما ولا فباع المولى العبد في دينهم فان فعل ذلك
بغير امر القاضي ينظر ان كان عالما بالجناية صار مختارا للفدا ولزمه الارش وان كان
غير عالم بالجناية فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الارش وهو الدية وان كان دفع
الى القاضي فان كان عالما القاضي عالما بالجناية فانه لا يبيع العبد بالدين لان فيه ابطال
حق اوليا الجناية فلا يملك ذلك وان لم يكن عالما بالجناية فباعه بالدين ببينة قامت
عنده او بعلمه ثم حضر اوليا الجناية ولا فضل في الثمن بطلت الجناية وسقط حق اوليا
الجناية لانه خرج عن ملك المولى بغير رضاه فصار كانه مات وهذا لانه لا سبيل الى تضمين
القاضي لانه فيما يصنعه امين فلا يلحقه العهدة ولا سبيل الى فسخ البيع لانه لو فسخ البيع
ودفع بالجناية لوقعت الحاجة الى البيع ثانيا فتعذر القول بالفسخ فصار كانه مات
ولو مات بطل حق اوليا الجناية اصلا كذا هاهنا والله اعلم ولو قتل العبد الجاني
قبل الدفع فان كان القاتل حرا ياخذ المولى قيمته ويدفعها الى ولي الجناية ان كان
واحدا وان كانوا جماعة يدفعها اليهم على قدر حقوقهم لان القيمة بدل العبد فتقام
مقامه الا انه لا خيار للمولى بين القيمة والفدا حتى لو تصرف في تلك القيمة لا يصير
مختارا للفدا ولو تصرف في العبد يصير مختارا للفدا على ما نذكر وانما كان كذلك
لان القيمة دراهم او دنانير فان كانت مثل الارش فلا فايدة في التخيير وكذلك ان كانت
اقل من الارش او اكثر منه لانه يختار الاقل لا محالة بخلاف العبد فانه وان كان قليل
القيمة فللناس رغايب في الاعيان وكذلك ان قتله عبد اجنبي تخير مولاه بين الدفع
والفدا وفدا بقيمة العبد المقتول ان المولى ياخذ القيمة ويدفعها الى ولي الجناية
لما قلنا ولو دفع العبد القاتل الى مولى العبد المقتول تخير مولى العبد المقتول
بين الدفع والفدا حتى لو تصرف في العبد المدفوع بالبيع ونحوه يصير مختارا للفدا
لان العبد القاتل قام مقام العبد المقتول لحما ودما فكان الاول قايم وان قتله عبد
اخر لمولاه يخير المولى في العبد القاتل بين الدفع والفدا لان تعلق حق ولي الجناية
بالعبد جعل المولى كالاجنبي فصار كان عبدا اجنبيا قتل العبد الجاني وهناك يخير
بين الدفع والفدا بقيمة المقتول كذا هاهنا وكذلك لو قتل عبد رجلا خطا وقتلت
امة لمولاه هذا العبد يخير المولى بين دفعها وفدايها بقيمة العبد لما قلنا ولو كان العبد
قتل رجلا خطا وقتلت امة لمولاه رجلا اخر خطا ثم ان العبد قتل الامة خير المولى بين

دفعها وفداها بقيمة العبد لما قلنا ولو كان العبد قتل رجلا خطا وقتلت امة لمولاه
رجلا اخر خطا ثم ان العبد قتل الامة خير المولى بين الدفع والفدا فان اختار الفدا
فداها بالدية وقيمة الامة وان اختار الدفع ضرب فيه اوليا قتيل العبد بالدية واوليا
قتيل الامة بقيمة الامة وان اختار الدفع ضرب فيه اوليا ان الجناية عليها كالجناية على
امة اجنبي قتلت رجلا خطا ولو كانت قيمة الامة الفا كان العبد مقسوما بينهم على احد
عشر سهما سهم لاوليا قتيل الامة وعشرة اسهم لاوليا قتيل العبد فان قطع عبد لاجنبي
يد العبد الجاني او فقا عينه او جرحه جراحة تخير مولى العبد القاطع او الفاقي او الجارح
بين الدفع والفدا فان دفع عبده او فداه بالارش تخير مولى العبد المقطوع بين الدفع
والفدا فان شا دفع عبده المقطوع مع العبد القاطع او مع ارش يد عبده المقطوع
وان شا فداه عن الجناية بالارش لان العبد المقطوع كان واجب الدفع بجميع اجزايه
وارش يده بدل جزوه وكذا العبد المدفوع قايم مقامه فكان واجب الدفع الا ان
يختار الفدا فينتقل الحق من العبد الى الارش ولو كسب العبد الجاني كسبا او كانت
الجاني امة فولدت بعد الجناية فاختار المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا الولد بخلاف
الارش انه يدفع والفرق ان الارش بدل جزء كان واجب الدفع وحكم البدل حكم
المبدل بخلاف الكسب والولد ولو قطعت يد العبد فاخذ المولى الارش ثم اختلف
المولى وولي الجناية فادعى المولى ان القطع كان قبل جنايته وان الارش سالم له وادعى
ولي الجناية انه كان بعدها فانه مستحق الدفع مع العبد فالقول قول المولى لان
الارش ملك المولى كالعبد لانه بدل ملكه فولي الجناية يدعي عليه وجوب تمليك
مال هو ملكه منه وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه ولو قطعت يد عبد
او فقيت عينه واخذ المولى الارش ثم جنى جناية فان شا المولى اختار الفدا وان شا
دفع العبد كذلك ناقصا وسلم له ما كان اخذ من الارش لان وجوب الدفع بسبب
الجناية وهو كان عند الجناية ناقصا فيدفع ناقصا بخلاف ما اذا قطعت يده بعد
الجناية انه يدفع مع ارش اليد لان العبد وقت الجناية عليه كان واجب الدفع
بجميع اجزايه والارش بدل الجزو فيجب دفعه مع العبد ولو قتل قتيلا خطا ثم
قطعت يده ثم قتل قتيلا اخر خطا فارش يده يسلم لولي الجناية الاولى لان حقه
كان متعلقا بجميع اجزايه وقت الجناية والارش بدل الجزو فيقوم مقامه فيسلم له
فاما حق الثاني فلم يتعلق بالجزو لانعدامه وقت الجناية ثم يدفع العبد فيكون
بين وليي الجنايتين على تسعة وثلاثين جزوا لان موضوع المسالة فيما اذا كانت قيمة
العبد الف درهم فيثبت حق ولي كل جناية في عشرة الاف وقد استوفى ولي الجناية
الاولى من حقه خمس ماية فيجعل كل خمس ماية سهما فيكون كل العبد اربعين سهما
حق كل واحد منهما في عشرين وقد اخذ ولي الجناية الاولى من حقه خمس ماية وبقي
حقه في تسعة عشر سهما ولم ياخذ ولي الجناية الثانية شيا فبقي حقه في عشرين جزوا
من العبد وان اختار الفدا فداه عن كل واحد من الجانبين بعشرة الاف لان ذلك
ارشهما ولو شج انسانا موضحة وقيمته الف ثم قتل اخر وقيمته الف فان اختار
الفدا فداه عن كل واحد من الجانبين بارشهما وان اختار الدفع دفعه مقسوما بينهما

على احد

على احد وعشرين سهما سهم لصاحب الموضحة وعشرون لولي القتيل لما ذكرنا ان قسمة
العبد بينهما على قدر تعلق حق كل واحد منهما به وصاحب الموضحة حقه في خمس ماية
وحق ولي القتيل في عشرة الاف فيجعل كل خمس ماية سهما فتكون القسمة على احد وعشرين
وما حدث من زيادة القيمة للعبد والزيادة على الشركة ايضا لانها صفة الاصل
واذا ثبتت الشركة في الاصل تثبت في الصفة وكذلك لو قتل انسانا خطا وقيمته وقت
القتل الف ثم عمي بعد القتل قبل الشجة ثم شج انسانا موضحة كانت القسمة بينهما على
احد وعشرين وما حدث فيه من النقصان فهو على الشركة ايضا لما قلنا ولو جنى جناية ففدا
المولى ثم جنى جناية اخرى خير المولى بين الدفع والفدا لانه لما فدا فقد طهر العبد عن
الجناية وصار كانه لم يجن فاذا جنى بعد ذلك فهذه جناية مبتداه فيثبت الحكمها وهو
الدفع او الفدا بخلاف ما اذا جنى ثم جنى جناية اخرى قبل اختيار الفدا انه يدفع اليهما
جميعا او يفدي لانه لما لم يفد الاولى حتى جنى ثانيا فحق كل واحد منهما تعلق بالعبد فيدفع
اليهما او يفدي ولو قتل العبد رجلا وله وليان فدفعه المولى الى احدهما فقتل عنده
رجلا اخر ثم حضر الغايب فقال للمدفوع اليه ادفع نصف العبد الى ولي القتيل الثاني
او افده بنصف الدية واما النصف الاخر فيومر بالرد على المولى ثم يخير المولى بين الدفع
الى ولي الجناية الثانية وولي الجناية الاولى الذي لم يدفع اليه اما وجوب دفع
نصف العبد على المدفوع اليه الى ولي القتيل الثاني او الفدا فلانه ملك نصف العبد
بالدفع فيخير في جنايته بين الدفع والفدا واما وجوب رد نصف العبد الى المولى فلانه
اخذه بغير حق فعليه رده لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترده ولا يخير
المولى في النصف بين الدفع الى ولي الجانبين وبين الفدا لان وقت الجناية الاولى
كان كل العبد على ملكه ووقت وجود الثانية كان نصفه على ملكه فيوجب الدفع
او الفدا فان اختار الفدا فدا لكل واحد منهما بنصف الدية وان دفع دفع نصف
العبد اليهما نصفين لان الدفع على قدر تعلق الحق وحق كل واحد منهما تعلق
بنصف فيكون نصف العبد بينهما نصفين وقد كان وصل النصف الى ولي الجناية الثانية
من جهة المدفوع اليه ووصل اليه بالدفع من المولى الربع فسلم له ثلثة ارباع العبد
وسلم لولي الجناية الاولى الذي لم يدفع اليه العبد الربع فصار العبد بينهما ارباعا
ثلثة ارباعه لولي الجناية الثانية وربعه لولي الجناية الاولى وبقي الى تمام حقه
الربع ثم لا يخلو اما ان كان المولى دفع كل العبد بقضا القاضي او بغير قضا القاضي
فان كان الدفع بقضا لا يضمن المولى لان الدفع اذا كان بقضا كان هو مضطرا في
الدفع فلا يضمن ولا سبيل الى تضمين القاضي لان القاضي فيما يصنع امين فلا يلحقه
العهدة ويضمن القابض لانه قبض نصيب صاحبه بغير حق والقبض بغير حق
سبب لوجوب الضمان كقبض الغصب ولا يخرج عن الضمان بالرد الى المولى لانه
لم يرده على الوجه الذي قبض العبد فارغا ورده مشغولا وان كان الدفع بغير
قضا القاضي فولي الجناية الذي لم يدفع اليه العبد بالخيار ان شا ضمن المولى
ربع قيمة العبد وان شا ضمن القابض لكي يسلم له نصف العبد ربعه بحر وحد
وربعه دراهم ودنانير لانه وجد سبب وجوب الضمان في حق كل واحد منهما الدفع

من المولى والقبض من القابض فان اختار تضمين المولى فالمولى يرجع على القابض وان
اختار تضمين القابض لا يرجع على المولى لان حاصل الضمان عليه ولو قتل العبد قتيلين
خطا فدفعه المولى الى احد وليي القتيل فقتل عنده قتيلا اخر واجتمعوا فان القابض
يدفع نصف العبد بالجناية او يفدي نصف الجناية لما ذكرنا في الفصل الاول ثم يقال
للمولى ادفع النصف الباقي الى ولي الجناية الثالثة او افد بنصف الدية خمسة الاف
لانه قد وصل اليه نصف العبد وبقي حقه في النصف ويفدي لولي الجناية الثانية
بكمال الدية عشرة الاف لانه لم يصل اليه شي من حقه وله ان يدفع نصف العبد
اليهما فان دفع اليهما كان مقسوما بينهما على قدر حقيهما فيضرب ولي الجناية الثانية
فيه بعشرة الاف وولي الجناية الثالثة بخمسة الاف فيصير نصف العبد بينهما اثلاثا
ثلثاه لولي الجناية الثانية وثلثه لولي الجناية الثالثة وبقي من حق الثاني السدس
لان حقه في نصف العبد وقد حصل له ثلثا النصف وهو ثلث كل العبد فبقي الى تمام
حقه السدس لان حقه في نصف العبد وقد حصل له ثلثا النصف وهو ثلث كل
العبد فبقي الى تمام حقه السدس لان حقه في نصف العبد فان كان الدفع بقضا
القاضي ضمن القابض لا المولى وان كان بغير قضا فان شا ضمن المولى وان شا ضمن القابض
كما في المسئلة المتقدمة ولو قتل العبد انسانا وفقا عين اخر فدفع المولى العبد
الى المفقوء عينه فقتل في يده قتيلا يقال للمفقوء عينه ادفع ثلث العبد الى ولي القتيل
الثاني او افد بالثلث ورد الثلثين على المولى لانه اخذ الثلث بحق وملكه واخذ
الثلثين بغير حق فيوجر بالرد الى المولى ثم يخير المولى بين دفع الثلثين والفدا فان
اختار الفدا فدا الاول بتمام الدية عشرة الاف والثاني بثلثي الدية وذلك ستة الاف
وستمائة وستون وثلثان وان اختار الدفع دفع اليهما مقسوما بينهما على قدر حقيهما
فيتضاربان بضرب الاول بتمام الدية عشرة الاف والثاني بثلثي الدية ستة الاف
وستمائة وستين وثلثان فاجعل كل الف سهما فيصير ثلثا الدية بينهما على ستة عشر
سهما وثلثين فيكون كل العبد على خمسة وعشرين سهما وقد اخذ ولي القتيل الثاني
منه ثلثه وهو ثمانية وثلث وبقي ثلثاه فيكون بينهما لولي القتيل الاول عشرة ولولي
القتيل الثاني ستة وثلثان ثم ولي القتيل الاول يرجع على القابض وهو المفقوء عينه
بستة اجزا من ستة عشر جزوا وثلثي جزو من ثلثي قيمته لان هذا القدر كان حقه
وقد فات عليه بسبب كان في يد القابض فيجعل كانه هلك عنده فيضمنه لولي
القتيل الاول فان كان الدفع بغير قضا القاضي له ان ياخذ ايهما شا كما في الفصل
الاول وطريقه اخرى في الحساب انه اذا دفع ثلثي العبد اليهما وضرب احدهما بالدية
والاخر بثلثي الدية تجعل كل ثلث بينهما فيصير كل الدية ثلثه اسهم وثلثا الدية
سهمين فيصير ثلثا العبد على خمسة اسهم للاول ثلثه وللاخر سهمان ويصير الثلث
الاخر سهمين ونصف فيصير جميع العبد على سبعة ونصف فوقع فيه كسر فضعف
فيصير خمسة عشر فالثلث منه خمسة وقد دفع الى الاخر وثلثا العبد عشرة فيقسم
بينهما فيضرب الاول بثلثه اخماسه وستة اسهم والاخر باربعة اسهم ثم يرجع الاول
على القابض بخمس ثلثي قيمة العبد ولو قتلت امة رجلا ثم ولدت بنتا فقتلت البنت رجلا

ثم ان

ثم ان البنت قتلت امها فالمولى خير بين دفع البنت الى وليي الجنايتين وبين الفدا فان
اختار الفدا فدا لاوليا قتيل البنت بالدية ولاوليا قتيل الام بقيمة الام لما ذكرنا
فيما تقدم من ان تعلق حق المجني عليه وهو حق الدفع الحق المولى بالاجنبي فيصير كانها
جنت على جارية اخرى لاجنبي وان اختار الدفع ضرب اوليا قتيل البنت بالدية
واوليا قتيل الام بقيمة العبد فيقسم العبد بينهم على ذلك حتى لو كانت قيمة الام
الف درهم كانت القسمة على احد عشر سهما كل الف درهم سهم سهم من ذلك لاوليا
قتيل الام وعشرة اسهم لاوليا قتيل البنت ولو كانت فقات عين الام ولم تقتلها
فالمولى يخير بين الدفع والفدا لا يخلو اما ان يختار دفعهما جميعا واما ان يختار
فداهما جميعا واما ان يختار فدا البنت ودفع الام واما ان يختار فدا الام ودفع
البنت فان اختار دفعهما جميعا يدفع الام الى اوليا قتيل الام وهذا ظاهر ويدفع
البنت الى اوليا قتيل البنت والى اوليا قتيل الام وكانت مقسومة بينهم على قدر حقوقهم
فيتضاربون فيها فيضرب اوليا قتيل البنت فيها بالدية لان حقهم متعلق بكل البنت
واوليا قتيل الام بنصف قيمة العبد الام لانها فقات احدى عينيها والعين من الادمي
نصفه وان اختار فداهما جميعا فدا لكل فريق من اوليا الجنايتين بتمام الدية
لان ذلك ارش كل واحد من الجانبين وسقطت جناية البنت على الام لانهما جميعا
ملك المولى وقد ظهرتا عن الجناية بالفدا وخلص ملك المولى فيهما فيثبت جناية البنت
عليها جناية ملك المولى على ملكه فيكون هدرا وان اختار دفع الام وفدا البنت
دفع الام الى اوليا قتيل الام ثم يفدي البنت يفدي لاوليا قتيل البنت بالدية
ولاوليا قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا وان اختار دفع البنت وفدا الام يدفع
البنت الى اوليا قتيل البنت ويفدي لاوليا قتيل الام بكمال الدية وبطلت جناية
البنت على الام لان الام ظهرت بالفدا وخلص ملك المولى فيها فصار جناية البنت
على امها جناية ملك المولى على ملكه فيكون هدرا ولو ان الام فقات بعد ذلك
عين البنت قبل ان يدفع واحد منهما فان المولى يخير فيهما جميعا فيبدا بالبنت لانها
هي التي باد بدات بالجناية فيدفع الى اوليا الجنايتين فيتضاربون فيها فيضرب
فيها اوليا قتيل البنت بالدية واوليا قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا في المسئلة
الاولى ثم دفع الام اليهم فيتضاربون فيها فيضرب فيها اوليا قتيل الام بالدية
الا ما وصل اليهم من ارش البنت ويضرب فيها اوليا قتيل البنت بنصف قيمة البنت
لان كل واحدة منهما جنت جنايتين فيدفع كل واحد بجنايتها طعن في هذا الجواب
وقيل ينبغي اذا دفع البنت في الابتدا ان يضرب فيها اوليا قتيل الام بنصف
قيمة الام واوليا قتيل الام البنت بالدية الا ما يصل اليهم في المستانف لانه
يصل اليهم بعض الام فينبغي ان لا يضربوا بتمام الدية والصحيح ما ذكر في الكتاب
لان البنت حين دفعت كان حق اوليا قتيل البنت في تمام الدية ولم يكن وصل
اليهم شي فوجب ان يضربوا بجميع ذلك والزيادة التي تظهر لهم في المستانف اعتبرو
بها لان القسمة قد صحت وقت الدفع فلا يتغير بعد ذلك كما قالوا في رجل مات وعليه
لرجل الف ولاخر الفان وترك الفا فاقتسماها اثلاثا ثم ان صاحب الفين ابرا الميت

عن البدل ان النفس الاولى لا تنتقض كذا هذا ولو جنت الامة جناية ثم ولدت ولدا فقطع
الولد يدها يدفع الولد مع الام لما ذكرنا ان الولد في حكم الجناية على الام عند له الاجنبي
فصار كان عبدا اجنبيا قطع يدها ودفع بالجناية وهناك يدفع العبد مع الجناية على
الام عند له الاجنبي لكونه قايما مقام يدها الجناية كذا هذا والله اعلم واما بيان ما يصير
به المولى مختارا للفدا او بيان شرط صحة الاختيار فنقول وبالله التوفيق ما يصير به
المولى مختارا للفدا نوعان نص ودلالة اما النص فهو التصريح بلفظ الاختيار وما يجري
مجراه نحو ان تقول اخترت الفدا او اثرته او رضيت به ونحو ذلك سوا كان المولى موسرا
او معسرا في قول ابي حنيفة لان يسار المولى ليس بشرط لصحة الاختيار عنده حتى لو
اختار الفدا ثم تبين انه فقير معسر صح اختياره وصارت الدية دينا عليه وعند ابي يوسف
ومحمد يسار المولى شرط صحة اختيار الفدا ولا يصح اختياره اذا كان معسرا الا برضا
الاوليا ويقال له اما ان تدفع او تفدي حالا كذا ذكر الاختلاف في ظاهر الرواية
وذكر الطحاوي قول محمد مع قول ابي حنيفة رحمهما الله في جواز الاختيار وقال الا
ان عند محمد الدية تكون في عنق العبد لولي الجناية يبيعه فيها المولى لولي الجناية
وهكذا روي عن ابي يوسف وجه قولهما ان الحكم الاصلي لهذه الجناية هو لزوم الدفع
وعند الاختيار ينتقل الى الدية فتقييد الاختيار بشرط السلامة ولا سلامة مع
الاعسار فلا تنتقل اليها فيبقى العبد واجب الدفع ولابي حنيفة ان العزيمة ما قالا
وهو وجوب الدفع لكن الشرع رخص له الفدا عند الاختيار والاعسار لا يمنع صحة
الاختيار لانه لا يقدح في الاهلية والولاية وقد وجد الاختيار مطلقا عن شرط
السلامة فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل واما الدلالة فهي ان يتصرف المولى في العبد
تصرفا يفوت الدفع او يدل على امساك العبد مع العلم بالجناية فكل تصرف يفوت
الدفع او يدل على امساك الدفع مع العلم بالجناية اختيارا للفدا لان حق المجني عليه
متعلق بالعبد وهو حق الدفع وفي تفويت الدفع تفويت حقه والظاهر ان المولى
لا يرضى بتفويت حقه مع العلم به الا بما يقوم مقامه وهو الفدا فكان اقدامه
عليه اختيارا للفدا وعلى هذا الاصل تخرج المسايل اذا باع العبد بيعا باتا وهو
عالم بالجناية صار مختارا لانه تصرف مزيل الملك فيفوت الدفع وكذا اذا باع بشرط
خيار المشتري اما على اصلهما فلا يشكل لان المبيع دخل في ملك المشتري واما على اصل
ابي حنيفة فلان خيار المشتري ان كان يمنع دخول المبيع في ملكه فلا يمنع زواله عن ملك
البايع وهذا يكفي دلالة الاختيار لانه يفوت الدفع ولو باع على انه بالخيار فان
مضت مدة الخيار او اسقط الخيار قبل مضي المدة كان مختارا لان البيع انبرم قبل
الدفع ولو نقض البيع لم يكن مختارا لان الملك لم يزل فلم يفت الدفع ولو عرض العبد على البيع
لم يكن ذلك اختيارا عند اصحابنا الثلثة وقال زفر يكون اختيارا وجه قول زفر ان
العرض على البيع دليل استبقا الملك الا ترى ان المشتري بشرط الخيار اذا عرض المشترى على
البيع بطل اختياره فكان دليل امساك العبد لنفسه وذلك دليل اختيار الفدا
ولنا ان العرض على البيع لا يوجب زوال الملك فلا يفوت الدفع وليس دليل امساك
العبد بل هو دليل الاخراج عن الملك فلا يصلح دليل اختيار الفدا ولو باعه بيعا فاسدا

لم يكن

لم يكن مختارا حتى يسلمه الى المشتري لان الملك لا يزول قبل التسليم فلا يفوت الدفع
ولو وهبه من انسان وسلمه اليه صار مختارا لان الهبة والتسليم يزيل الملك فيفوت
الدفع ولو كانت الجناية فيما دون النفس فوهبه المولى من المجني عليه لا يصير مختارا
ولا شي على المولى ولو باعه من المجني عليه كان مختارا لان التسليم بطريقه في معنى الدفع
لان كل واحد منهما تمليك بغير عوض فوقعت الهبة موقع الدفع بخلاف البيع لانه تمليك
بعوض والدفع تمليك بغير عوض فلا يقوم مقامه فكان الاقدام على البيع منه اختيارا
للفدا وكذلك لو تصدق به على انسان او على المجني عليه فهو والهبة سوا لان كل واحد منهما
تمليك بغير عوض ولو اعتقه او دبره او كاتب امة فاستولدها وهو عالم بالجناية
صار مختارا لان هذه التصرفات تفوت الدفع اذ الدفع تمليك وانها تمنع من التمليك
فكانت اختيارا للفدا ولو كانت جناية العبد فيما دون النفس فامر المولى المجني عليه
باعتاقه فاعتقه وهو عالم بالجناية صار المولى مختارا للفدا لان اعتاقه بامره
مضاف اليه فكان دليل اختيار الفدا كما لو اعتق بنفسه كذا هو ولو قال لعبده ان
قتلت فلانا فانت حر فقتله صار مختارا للفدا عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر
لا يكون مختارا وجه قوله انه انما يصير معتقا بالكلام السابق وهو قوله انت
حر ولا جناية عند ذلك وبعد وجود الجناية لا اعتاق فكيف يصير مختارا ولنا
ان المعلق بالشرط يصير منجزا عند وجود الشرط فيتنجز مبتدا كانه قال له بعد
وجود الجناية انت حر ونظيره اذا قال لامراته وهو صحيح اذا مرضت فانت طالق
ثلاثا فمرض حتى وقع الطلاق عليها يصير فارا عن الميراث حتى ترثه المراة وان كان
التعليق في حالة الصحة لما قلنا كذا هذا ولو اخبر المولى انسان ان عبده قد
جنى فاعتقه فان صدقه ثم اعتقه صار مختارا للفدا بلا خلاف وان كذبه فاعتقه
لا يصير مختارا عند ابي حنيفة ما لم يكن المخبر رجلان او رجل واحد عدل وعند
ابي يوسف ومحمد يصير مختارا للفدا ولا يشترط العدد في المخبر ولا عدالته وقد
ذكرنا المسلة في كتاب الوكالة ولو كاتبه وهو عالم بالجناية صار مختارا اختيارا
على التوقف لفوات الدفع في الحال على التوقف فان ادى بدل الكتابة عتق
تقرر الاختيار وان عجز ورد في الرق ينظر في ذلك ان خوصم قبل ان يعجز فقضى
القاضي بالدية ثم عجز لا يرتفع القضاء لان الدية كانت وجبت بالكتابة من حيث
الظاهر وتقرر الوجوب باتصال القضاية وان لم يخاصمه حتى عجز كان للمولى
ان يدفعه لان الدفع كان لم يثبت على القطع والبتات لاحتمال ان يعجز فاذا عجز
جعل كان الكتابة لم يكن فكان له ان يدفعه وروي عن ابي يوسف انه يصير
مختارا بنفس الكتابة لتعذر الدفع بنفسها لزوال يده عنه ثم عاد اليه
بسبب جديد وهو العجز ولو كاتبه كتابة فاسدة كان ذلك اختيارا منه بخلاف
البيع الفاسد انه لا يكون اختيارا بدون التسليم لان الكتابة الفاسدة وهو
تعلق العتق بالاداء يثبت بنفس العقد والبيع الفاسد لا يفيد الحكم بنفسه
بل بواسطة التسليم واما الاجارة والرهن والتزويج بان زوج العبد الجاني
امراة او زوج الامة الجانية انسانا فهل يكون اختيارا ذكر في ظاهر الرواية انه لا يكون

اختيارا الا ان الدفع لم يفت لان الملك قائم فكان الدفع ممكنا في الجملة وذكر الطحاوي
انه يكون اختيارا الا ان الدفع للحال متعذر فاشبه البيع والتزويج تعييب فاشبه
التعييب حقيقة ولو اقر به لغيره لا يكون مختارا كذا ذكر في الاصل لان الاقرار
لغيره لا يفوت الدفع لان المقر له مخاطب بالدفع والفدا او ذكر الكرخي في مختصره
انه يكون مختارا لان اقراره به لغيره في معنى التمليك منه اذ العبد ملكه من حيث
الظاهر لوجود دليل الملك وهو اليد فاذا اقر به لغيره فكانه ملكه منه ولو قتله
المولى صار مختارا لانه فوت الدفع بالقتل ولو قتله اجنبي فان كان عمدا بطلت الجناية
وللمولى ان يقتله قصاصا لانه فات محل الدفع لا الى خلف هو مال فبطل الجناية
وان كان خطا ياخذ المولى القيمة ويدفعها الى ولي الجناية ولا يجبر المولى في القيمة
على ما بينا فيما تقدم ولو لم يقتله المولى ولكن عيبه بان قطع يده او فقا عينه او جرحه
جراحة او ضربه ضربا اثر فيه ونقصه وهو عالم بالجناية صار مختارا للفدا لانه
بالنقصان حبس عن المجني عليه جزءا من العبد وحبس الكل دليل اختيار الفدا لانه
دليل امساك العبد لنفسه فكذا حبس الجزء لان حكم الجزء حكم الكل والله اعلم
ولو ضرب المولى عبده فابيضت وهو عالم بالجناية حتى جعل مختارا ثم ذهب البياض
فان ذهب قبل ان يخاصم فيه بطل الاختيار ويؤمر بالدفع او الفدا لانه انما جعل
مختارا لاجل النقصان وقد زال فجعل كان ذلك لم يكن وان خوصم في حال البياض
فضمنه القاضي القيمة ثم زال البياض فقضا القاضي نافذ لا يرد ولا يبطل اختياره
لان اختياره وقع صحيحا ووجب الدين وقد استقر باتصال القضاء به وان استخدمه
وهو عالم بالجناية لا يصير مختارا لانه لا يفوت الدفع بالاستخدام لبقاء الملك
وكذا الاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يبطل خيار الشرط فلا يكون دليلا على
امساك العبد لنفسه وان عطب في الخدمة لا ضمان عليه وبطل حق ولي الجناية
لان الاستخدام ليس باختيار لما بينا ولم يوجد منه تصرف اخر يدل على الاختيار
فصار كانه عطب قبل الاستخدام ولو كان الجاني امة فوطيها المولى فان كانت بكرا
فقد صار مختارا لانه فوت جزءا منها حقيقة بازالة البكارة وهي ازالة العذرة
وان كانت ثيبا فان علقت منه صار مختارا وان لم تعلق لا يصير مختارا وهذا جواب
ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه يصير مختارا سواء علقت منه او لم تعلق
وجه هذه الرواية ان حل الوطي لا بد له من الملك اما ملك النكاح او ملك اليمين
ولم يوجد ها هنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين لثبوت الحل فكان اقدامه على الوطي
دليلا على امساكها لنفسه فكان دليل الاختيار وجه ظاهر الرواية ان الوطي ليس
الا استيفا منفعة البضع وانه لا يوجب نقصان العين حقيقة لان منفعة البضع وقدر
النقصان لا جزء من العين حقيقة الا انها الحقت بالجزء عند الاستيفا في غير الملك اظهارا
لخطر البضع والاستيفا ها هنا حصل في الملك فلا حاجة الى الالحاق فانعدم النقصان
حقيقة وتقديرا ولو اذن له في التجارة فركبه دين لم يصر المولى مختارا وعليه قيمته
اما عدم صيرورته مختارا فلان الدين لا يوجب تعذر الدفع لا قبل لحوق الدين
ولا بعده واما لزوم القيمة فلان تعلق الدين برقبة العبد يوجب نقصانا فيه

بسبب

بسبب كان من جهة المولى وهو الاذن بالتجارة فيلزمه قيمته حتى لو رضي ولي الجناية
بقبوله مع النقصان لا شي على المولى ثم جميع ما يصير المولى به مختارا للفدا مما ذكرنا اذا
فعله وهو عالم بالجناية فان لم يعلم لم يكن مختارا سواء كانت الجناية على النفس او على
ما دون النفس لان الاختيار ها هنا اختيار الايثار وانه لا يتحقق بدون العلم
بما يختاره وهو الفدا عن الجناية واختيار الفدا عن الجناية اختيار الايثار وبدون
العلم بالجناية محال ثم الجناية ان كانت على النفس فعليه الاقل من قيمة العبد ومن
الدية وان كانت على ما دون النفس فعليه الاقل من قيمته ومن الارش لانه فوت
الدفع المستحق من غير اختيار الفدا فيضمن القيمة ولو باعه بيعا باتا وهو لا يعلم
بالجناية فلم يخاصم فيها حتى رد العبد اليه بعيب بقضا القاضي او بخيار رؤية او شرط
يقال له ادفع او افد لانه اذا لم يعلم بالجناية لم يصر مختارا لما بينا فعليه الفدا
لانه اذا باعه بعد العلم بالجناية فقد صار مختارا للفدا لتعذر الدفع لزوال
ملكه بالبيع فلا يعود بالرد وهذا مشكل لان الرد بهذه الاسباب فسخ للعقد
من الاصل وسيتضح المعنى فيه ان شا الله تعالى ولو قطع العبد يد انسان او جرحه
جراحة تخير فيه فاختار الدفع ثم مات من ذلك فالدفع على حاله لا يبطل لان وجوب
الدفع لا يختلف بالقتل والقطع لانه يدفع في الحالين جميعا وان اختار الفدا ثم مات
يبطل الاختيار ثم يخير ثانيا عند محمد استحسانا وهو قول ابي يوسف الاول والقياس
ان لا يبطل وعليه الدية وهو قول ابي يوسف الاخير ولم يذكر في ظاهر الرواية
قول ابي حنيفة وذكر الطحاوي قوله مثل قول محمد ولو كان اختيار الفدا بالاعتاق
بان اعتق العبد الجاني حتى صار مختارا للفدا ثم مات المجني عليه لا يبطل الاختيار ويلزمه
جميع الدية قياسا واستحسانا وجه القياس ان المولى لما اختار الفدا عن اصل الجناية
فقد صح اختياره ولزمه موجبها وبالسراية لم يتغير اصل الجناية وانما تغير وصفها
والوصف تبع للاصل فكان اختيار الفدا عن المتبوع اختيارا عن التابع وجه الاستحسان
ان اختيار الفدا عن القطع ولما سرى الى النفس ومات فقد صار قتلا وهما متغايران
فاختيار الفدا عن احدهما لا يكون اختيارا عن الاخر فيخير اختيارا مستقبلا
بخلاف ما اذا كان الاختيار بالاعتاق لانه اقدم على الاعتاق مع علمه انه ربما
يسري الى النفس فيلزمه كل الدية ولا يمكنه الدفع بعد الاعتاق دلالة اختيار الكل
والرضا به وهذا المعنى لم يوجد ها هنا لانه لم يرض بالزيادة عليها كان ثابتا
وقت الاختيار والعبد للحال محل للدفع والله اعلم واما صفة الفدا الواجب عند
الاختيار فهي انها تجب في ماله حالا لا مؤجلا لان الحكم الاصلي لهذه الجناية هو وجوب
الدفع والفدا كالخلف عنه فيكون على نعت الاصل ثم الدفع يجب حالا لانه ماله لا مؤجلا
فكذلك الفدا والله اعلم هذا اذا كان العبد القاتل قنا فان كان مدبرا فجنايته على
مولاه اذا ظهرت فيقع الكلام في مواضع في بيان ما يظهر به جنايته وفي بيان اصل
من عليه وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان صفته اما الاول فجنايته يظهر به جناية
القن وقد ذكرناه ولا يظهر باقراره حتى لا يلزم المولى شي ولا يتبع المدبر بعد العتاق
لجناية القن لان هذا اقرار على المولى فلا يصح واما بيان اصل الواجب بهذه الجناية

فاصل الواجب بها قيمة المدبر على المولى لاجماع الصحابة فانه روي عن عمر وابي عبيدة بن
الجراح انهما قضيا بجناية المدبر على مولاه بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر
عليهما احد منهم فيكون اجماعا من الصحابة رضي الله عنهم والقياس يترك بمقابلة
الاجماع ولان الاصل في جناية العبد هو وجوب الدفع على المولى وبالتدبير منع من
غير اختيار الفدا والمنع من الدفع من غير اختيار الفدا يوجب القيمة على المولى كما لو
دبر القن وهو لا يعلم بالجناية واما مقدار الواجب فمقدار الواجب بهذه الجناية
الاقل من قيمته ومن الدية لان الدية ان كانت هي الاقل فلا حق لولي الجناية في
الزيادة وان كانت القيمة اقل فلم يمنع المولى بالتدبير الا الرقبة فان كانت قيمته
اقل من الدية فعليه قدر قيمته لما قلنا ولا يخير بين قيمته وبين الدية لانه تخيير
من الاقل والاكثر وانه خارج عن قضية الحكمة وان كانت قيمته اكثر من الدية
او مثل الدية فعليه قدر الدية وينقص منها عشرة دراهم لان قيمة العبد في الجناية
لا تزاد على دية الحر بل ينقص منها عشرة وسواء قلت جنايته او كثرت لا يلزم المولى من
جناياته اكثر من قيمة واحدة لان سبب الوجوب هو المنع عند الجناية والمنع منع
واحد فكان الواجب قيمة واحدة ولان القيمة في جناية المدبر بمنزلة العين في جناية
القن ثم العين قلت جنايته او كثرت ولا يجب شيء اخر مع الدفع كذلك هاهنا وتقسم قيمته
بين اولياء الجنايات على قدر جناياتهم يستوي فيها الاول والاخر لان القسمة في دفع العين
هكذا فكذلك في قيمة المدبر وسواء قبض ما على المولى او لم يقبض يشتركون فيه فيتضاربون
بقدر حقوقهم وتعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم الجناية عليه لا يوم التدبير
وان كان سبب وجوب الضمان هو المنع وهو التدبير السابق لكن انما يصير ذلك
سببا عند وجود شرطه وهو الجناية فكانه انشا التدبير عندها وبيان
هذه الجملة في مسائل اذا مات المدبر بعد الجناية لم يبطل على المولى القيمة لان
حكم جنايته يلزم مولاه فيستوي فيه بقاء المدبر وهلاكه بخلاف القن اذا جنى
ثم هلك انه يبطل حكم الجناية اصلا لان حكم جنايته وجوب الدفع وبالموت خرج
عن احتمال الدفع ولو انتقصت قيمته بعد الجناية بان جنى وقيمته الف ثم عمي
لم يحط عن المولى شيء وعليه قيمة تامة لان نقصانه هلاك جزء منه ثم هلاك كله لا يسقط
عنه شيئا فكذا هلاك البعض ولو قتل انسانا ثم قتل اخر لا يلزم المولى الا قيمة
واحدة لما قلنا وكذلك لو جنى جنايات ثم اعتقه المولى لم يلزمه الا قيمة واحدة
لان سبب وجوب الضمان هو المنع وانه متحد فكان وجود الاعتاق وعدمه
بمنزلة واحدة ولو قتل انسانا خطأ ثم قتل اخر خطأ ثم دفع المولى القيمة الى ولي
القتيل الاول فالدفع لا يخلو اما ان كان بقضاء القاضي واما ان كان بغير قضاء القاضي
فان كان بقضاء القاضي فلا سبيل لولي القتيل الثاني على المولى لانه كان مجبورا
في الدفع والمجبور معذور ولكن يتبع ولي القتيل الاول بنصف القيمة لانه قبض
نصف القيمة بغير حق وان كانت الجنايات مختلفة بان كانت احديهما نفسا والاخرى
ما دون النفس فالثاني يتبع الاول بقدر حصته من القيمة وان كان الدفع بغير
قضاء القاضي فولي القتيل الثاني بالخيار ان شاء ضمن المولى نصف القيمة وان شاء ضمن

ولي القتيل

ولي القتيل الاول لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان المولى متعد في دفع
العبد والقابض متعد في قبضه فان ضمن المولى فانه يرجع على القابض وان ضمن
القابض لا يرجع على المولى ولو قتل انسانا خطأ فدفع القيمة الى ولي القتيل ثم قتل اخر
خطأ فهذا والاول سواء في قول ابي حنيفة والامر فيه على التفصيل الذي ذكرنا وعند
ابي يوسف ومحمد ليس لولي القتيل الثاني ان يضمن المولى وله ان يضمن ولي القتيل
الاول سواء كان الدفع بقضاء او بغير قضاء ففرقا بين الفصلين وابو حنيفة رحمه
الله جمع بينهما وجه الفرق لهما ان المولى هاهنا ليس بمتعد في الدفع في حق ولي القتيل الثاني
لان الجناية الثانية كانت معدومة وقت الدفع فلا سبيل الى تضمينه وفي الفصل الاول
كانت الجنايات موجودتين وقت الدفع فكان الدفع منه الى الاول بعدما تعين وجه
قول ابي حنيفة ما ذكرنا ان سبب وجوب الضمان على المولى هو المنع والمنع منع واحد في حق
الاول والثاني جميعا فصار كان الجنايات كلها موجودة وقت الدفع فيصير المولى متعديا
في الدفع فكان له تضمينه بخلاف ما اذا كان الدفع بقضاء لان قضاء القاضي صيره مجبورا
في الدفع هذا اذا كانت قيمته وقت الجنايتين على السواء فاما اذا كانت مختلفة بان
قتل رجلا وقيمته الف ثم ازدادت قيمته فصارت الفين ثم قتل اخر يضمن المولى لولي
القتيل الثاني الفا اخر ولا حق لولي القتيل الاول في الزيادة لانها لم تكن موجودة
وقت الجناية على الاول فيسلم الزيادة الى الثاني وتقسم تلك القيمة وهي الالف بين
اولياء الاول والثاني يتضاربون فيها فيضرب الاول فيها بعشرة الاف والثاني
بتسعة الاف لانه قد وصل اليه الف من عشرة الاف فكانت قسمة تلك الالف على
تسعة عشر سهما عشرة اسهم للاول وتسعة اسهم للثاني ولو كانت قيمته وقت قتل
الاول الفين ووقت قتل الثاني الفا لا يضمن المولى شيئا والالف يكون لولي القتيل الاول
سالما والالف الاخر يقسم بينهما على تسعة عشر سهما عشرة اسهم لولي القتيل الثاني
وتسعة اسهم لولي القتيل الاول ولو قتل انسانا وقيمته الف ثم ازدادت قيمته
فصارت الفا وخمسمائة ثم قتل اخر فزيادة الخمسمائة سالمة لولي القتيل الثاني
لا حق فيها لولي القتيل الاول لانها لم تكن موجودة وقت الجناية الاولى والالف
يكون بين وليي القتيلين يتضاربون فيها فيضرب ولي القتيل الاول بتمام الدية
عشرة الاف والثاني بتسعة الاف وخمسمائة لانه وصل اليه خمسمائة من عشرة
الاف فكانت قسمة الالف بينهما على تسعة وثلاثين سهما لانا نجعل كل خمسمائة سهما
تسعة عشر لولي الجناية القتيل الثاني وعشرون لولي القتيل الاول والله اعلم
واما صفة الواجب بهذه الجناية فانها تجب في مال المولى حالا لانه ضمان المنع من
الدفع من غير اختيار الفدا وانه يوجب القيمة في مال المولى حالا كما لو دبر العبد
الجاني وهو لا يعلم بالجناية وهذا لان ضمان المنع كالخلف عن ضمان الدفع والدفع
يجب من ماله حالا كذلك هنا والله الموفق وان كان القاتل ام ولد فجميع ما وصفنا
والمدبر سواء لان الواجب في جنايتهما ضمان المنع ايضا الا ان جهة المنع تختلف فالمنع
في ام الولد بالاستيلاد وفي المدبر بالتدبير لذلك استويا في حكم الجناية والله اعلم
وان كان القاتل مكاتبا فقتل اجنبيا خطأ فجنايته على نفسه اذا ظهرت لا على مولاه

فنقع الكلام فيما يظهر به جنايته وفي بيان اصل الواجب ومن عليه وفي بيان كيفية الوجوب
وفي بيان قدر الواجب وفي بيان صفته اما الاول فجنايته تظهر بما يظهر به جناية القن
والمدبر وام الولد وتظهر ايضا باقراره بالجناية بخلاف جنايتهم لان ذلك اقرار على المولى
فلم يصح اصلا واقرار المكاتب على نفسه لانه احق بكسبه من المولى فيجوز اقراره وكذا
يجوز صلحه من الجناية على مال لانه صلح عن حق ثابت له ظاهرا ولو اقر وصالح ثم
عجز فحكمه نذكر بعد هذا ان شاء الله تعالى واما اصل الواجب بجنايته ومن عليه الواجب
فالواجب هو قيمة نفسه عليه لا على مولاه لان كسب المكاتب لنفسه لا لمولاه فكان
موجب جنايته عليه لا على مولاه ليكون الخراج بالضمان بخلاف القن والمدبر وام
الولد لان امتناع الدفع حصل بشيء من قبله وهو قبوله الكتابة فكانت قيمته عليه
بخلاف القن والمدبر وام الولد واما كيفية الوجوب فقد اختلف اصحابنا فيه
قال علماؤنا الثلثة ان قيمته تصير دينا في ذمته على طريق القطع والبتات وفائدة
هذا الاختلاف تظهر فيما اذا جنى ثم عجز عقيب الجناية بلا فصل انه يخاطب المولى بالدفع
او الفدا عندنا وعنده يباع ويدفع ثمنه الى اولياء القتيل وكذلك اذا جنى ثم جنى جناية
اخرى عقيب الاولى بلا فصل لا يجب عليه الا قيمة واحدة عندنا وعنده يجب
عليه قيمة اخرى ولا خلاف في انه اذا جنى جناية وقضى القاضي عليه بالقيمة ثم جنى
جناية اخرى انه يجب عليه قيمة اخرى ووجه القول لاصحابنا الثلثة ان القاضي
لما قضى بالقيمة في الجناية الاولى فقد صارت القيمة دينا في ذمته حتما من غير
تردد والجناية صادفت رقبته فارغة فيقضي بقيمة اخرى فاما قبل القضا فالرقبة
مشغوله بالاولى والمشغول لا يشغل وجه قول زفر ان الموجب للقيمة على المكاتب
هو امتناع الدفع لحق ثبت للمكاتب بعقد الكتابة لان امتناع اذا كان لحقه
كانت القيمة عليه اذ لا خراج مع الضمان وهذا المعنى لا يوجب التوقف على قضا
القاضي وغيره ولنا ان الحكم الاصلي في جناية العبد هو وجوب الدفع وامتناعه
هاهنا لعارض لم يقع الياس عن زواله وهو الكتابة لاحتمال العجز لانه ربما يعجز
فيرد في الرق فيتبين ان الجناية صدرت من القن فلا يمكن قطع القول بصيرورة
قيمته دينا في ذمته الا من حيث الظاهر والامر في الحقيقة على التوقف وانما يرتفع
التوقف باحدى معان اما باداء القيمة الى ولي القتيل لان الاداء كان واجبا عليه فاذا
ادى فقد وصل الحق الى المستحق فلا يسترد منه او بالعتق اما باداء بدل الكتابة
واما بالاعتاق مبتدا او بالموت عن وفاء او ولد لانه يعتق في اخر جزء من اجزاء
حيوته واذا عتق يتقرر حقه في كسبه ويقع الياس عن الدفع فيتقرر القيمة واذا وقع
ترك ولدا ولم يترك وفا فعقد الكتابة يبقى ببقاء الولد فيسعى على نجوم ابيه فيؤدي
فيعتق ويعتق ابوه ويستند عتقه الى اخر جزء من حياته او بقضا القاضي بالقيمة
لانها كانت واجبة ويتقرر الوجوب باتصال القضا به او بالصلح على القيمة لان
الصلح بمنزلة القضا هذا اذا ظهرت جنايته بالمعاينة او بالبينة فاما اذا ظهرت
باقراره فان كان قد ادى القيمة ثم عجز لم يبطل اقراره ولا يسترد القيمة لانه
وصل الحق الى المستحق فلا يسترد وكذا اذا لم يؤد ولكنه عتق باداء بدل الكتابة

او باعتاق

او باعتاق مبتدا او بموت المكاتب عن وفاء او ولد لما قلنا ولو لم يعتق ولكنه عجز فان كان
عجزه قبل قضا القاضي عليه بالقيمة فاقراره باطل في حق المولى بلا خلاف حتى لا يؤخذ به
للحال ولكن يتبع به بعد العتاق لانه لما عجز قبل القضا فقد انفسخ العقد من الاصل
وعاد قنا كما كان فتبين انه اقر على مولاه واقرار العبد على المولى باطل الا انه يتبع بعد
العتاق لان اقراره في حق نفسه صحيح وان كان بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة
بطل اقراره في حق المولى ولا يؤخذ به للحال عند ابي حنيفة ويتبع بعد العتاق وعند
ابي يوسف ومحمد لا يبطل اقراره في حق المولى ويؤخذ به للحال ويباع وجه قولهما ان
القيمة قد وجبت عليه باقراره من حيث الظاهر لصحة اقراره ظاهرا وبقضا القاضي
تقرر الوجوب فلا يحتمل البطلان بالعجز كما لو اقر بدين لانسان ثم عجز ولابي حنيفة
ان صحة اقراره من حيث الظاهر لمكان الكتابة لان الداخل تحت الكتابة
ما كان من التجارة والاقرار بالجناية ليس من التجارة وانما كانت لكونه احق بكسبه
من المولى فاذا عجز فقد صار المولى احق باكسابه فبطل اقراره ولو كان مكان الاقرار
صلح بان جنى المكاتب جناية خطا فصالح منها على مال جاز صلحه على ما ذكرنا ثم ان
كان قد ادى بدل الصلح الى ولي الجناية او كان لم يؤد ولكنه عتق باي طريق كان
فقد تقرر الصلح ولا يبطل فان كان لم يؤد بدل الصلح ولا عتق حتى عجز بطل
المال عنه في قول ابي حنيفة رحمه الله ويخاطب المولى بالدفع او الفدا وعندهما
لا يبطل ويصير دينا عليه وعلى هذا الخلاف اذا قتل المكاتب انسانا عمدا ثم
صالح من دم العمد على مال ثم عجز قبل اداء بدل الصلح انه يبطل الصلح ولا يؤخذ
للحال عند ابي حنيفة وعندهما لا يبطل ويؤخذ للحال ولو كان ولي القتيل اثنين
فصالح المكاتب احدهما دون الاخر سقط القصاص عنه وعليه ان يؤدي الى من
صالحه ما صالح عليه وينقلب نصيب الاخر مالا فيغرم المكاتب له الاقل من
نصف قيمته ومن نصف الدية لان الواجب عليه في كل الجناية الاقل من قيمته
ومن الدية فالواجب في نصفها الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية اعتبارا
للنصف بالكل فان عجز قبل الاداء فنصيب المصالح لا يؤخذ للحال وانما يؤخذ
بعد العتاق واما نصيب الاخر فيقال للمولى ادفع نصف العبد او افد بنصف
الدية على قول ابي حنيفة لان الصلح قد بطل عنده وعلى قولهما يدفع نصف العبد
او يفدي بنصف الدية والنصف الاخر يباع في حصة المصالح او يقضي عنه المولى
واما القن اذا قتل رجلا عمدا وله وليان فصالح العبد احدهما ينقلب نصيب
الاخر مالا ونصيب المصالح يؤخذ بعد العتاق بلا خلاف واما غير المصالح فيخاطب
المولى بدفع نصف العبد اليه او الفدا بنصف الدية ولو مات المكاتب قبل ان
يوجد شيء من ذلك ولم يترك شيئا اصلا او لم يترك وفاء بالكتابة بطلت الجناية
لانه اذا مات عاجزا فقد مات قنا والقن اذا جنى جناية ثم مات تبطل الجناية اصلا
وراسا وما تركه يكون للمولى لانه اذا مات عبدا كان المتروك مال المولى فيكون له ولو
مات المكاتب وترك مالا وعليه دين وكتابة يبدا بدين الاجنبي لان دين المولى دين
ضعيف اذ لا يجب للمولى على عبده دين فكانت البداية بالاقوى اولى وحكي عن قتادة

قال قلت لسعيد بن المسيب ان شريحا يقول الاجنبي والمولى يتحاصان فقال سعيد اخطا
شريح وان كان قاضيا قضى زيد بن ثابت اولى وكان زيد يقول يبدا بدين الاجنبي فالظاهر
انه كان لا يخفى قضاؤه على الصحابة ولم يعترض له مخالف فيكون اجماعا ولو مات المكاتب
وترك وفاء بالكتابة وجناية فالجناية اولى لانها اقوى ولو مات وترك مالا وعليه دين
وجناية وكتابة فان كان قضى عليه بالجناية فصاحب الجناية وصاحب الدين سواء لان
الجناية اذا قضى بها صارت دينا فهما دينان فلا يكون احدهما بالبداية اولى من صاحبه
وان كان لم يقض عليه بالجناية يبدا بالدين لانه متعلق بذمته ودين الجناية لم يتعلق
بذمته بعد فكان الاول اقوى فيبدا به ويقضى الدين منه ثم ينظر الى ما بقي فان كان به
وفاء بالكتابة فصاحب الجناية اولى فيبدا به وان لم يكن وفاء بالكتابة فما بقي يكون للمولى
لانه يموت قنا على ما بينا وهذا الخلاف ما قبل الموت ان المكاتب يبدا باي الديون شاء
ان شاء بدين الاجنبي وان شاء بارش الجناية وان شاء بمال الكتابة لانه يودي من كسبه
والتدبير في كسبه اليه فكان له ان يبدا باي ديونه شاء وعلى هذا قالوا في الكتاب
اذا مات وترك ولدا ان الولد يبدا من كسبه باي الديون شاء لانه قام مقام المكاتب
فتدبير كسبه اليه بخلاف ما اذا مات ولم يترك ولدا لان الامر في موته الى القاضي فيبدا
بالاولى فالاولى والله اعلم ولو اختلف المولى وولي الجناية في قيمته وقت الجناية فالقول
قول المكاتب في قول ابي يوسف الاخير وهو قول محمد وفي قول ابي يوسف الاول ينظر
الى قيمته للحال لان الحال يصلح حكما في الماضي فيحكم وجه قوله الاخير ان ولي الجناية
يدعي عليه زيادة الضمان وهو ينكر فكان القول قوله والله اعلم واما قدر الواجب
بجنايته فهو الاقل من قيمته ومن الدية لان الارش ان كان اقل فلا حق لولي
الجناية في الزيادة وان كانت القيمة اقل فلم يوجد من المكاتب منع الزيادة
فلا يلزمه الزيادة وان كانت قيمته اقل من الدية وجبت قيمته ولا يخير وان كانت
اكثر من الدية او قدر الدية ينقص من الدية عشرة دراهم لان العبد لا يتقوم
في الجناية بان كانت اكثر من الدية او قدر الدية باكثر هذا القدر سواء كانت الجناية
منه او عليه ويعتبر قيمته يوم الجناية لان القيمة كالبدل عن الدفع والدفع يجب
عند الجناية وكذا المنع بالكتابة السابقة لحق المكاتب انما يصير سببا عند وجود
الجناية فيعتبر الحكم وهو وجوب القيمة عند وجود الجناية واما صفة الواجب
فهي انه يجب عليه حالا لا على العاقلة مؤجلا لان الحكم الاصل في جناية العبد
هو الدفع وهذا كالخلف عنه والدفع يجب عليه حالا لا مؤجلا فكذا الخلف والله
اعلم هذا اذا كان المقتول اجنبيا فاما اذا كان مولى القاتل فالقاتل لا يخلو اما ان
كان قنا واما ان كان مدبرا واما ان كان ام ولد واما ان كان مكاتبا فان كان قنا
فقتل مولاه خطا فجنايته هدر لان المولى لا يجب له على عبده دين وان قتله عمدا
فعليه القصاص لما مر ولو قتله عمدا وله وليان فعفا احدهما حتى سقط القصاص
بطلت الجناية ولا يجب للذي لم يعف شيء في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يقال للذي عفا اما ان تدفع نصف نصيبك وهو ربع العبد الى الذي لم يعف او تفديه
بربع الدية وجه قوله ان القصاص كان مشتركا بينهما لكل واحد منهما النصف فاذا عفا

احدهما

احدهما فقد سقط نصف القصاص وانقلب نصيب صاحبه وهو النصف مالا شائعا
في النصفين نصفه وهو الربع في نصيبه ونصفه في نصيب الشريك فما كان في نصيبه
يسقط وما كان في نصيب الشريك يثبت وجه قولهما ان الدية اما ان تجب حقا للمولى
والوارث يقوم مقامه في استيفاء حق وجب له واما ان تجب حقا للورثة بانتقال الملك
الملك اليهم بطريق الوراثة وكيف ما كان فالمولى لا يجب له على عبده دين وان كان
وان كان مدبرا فقتل مولاه خطا فجنايته هدر وعليه السعاية في قيمته لانه
لو وجبت الدية لوجبت على المولى لانه لو جنى على اجنبي لوجبت الدية عليه
فهاهنا اولى ولا سبيل الى الايجاب له وعليه الا انه يسعى في قيمة نفسه لان
العتق يثبت بطريق الوصية الا ترى انه يعتبر من الثلث والوصية لا تسلم للقاتل
الا ان العتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فوجب عليه قيمة نفسه ولو قتله
عمدا فعليه القصاص ويسعى في قيمته لما قلنا وورثته بالخيار ان شاؤوا عجلوا استيفاء
القصاص وان بطلت السعاية وان شاؤوا استوفوا السعاية ثم قتلوه قصاصا
لانهما حقان ثبتا ولهم اختيار السعاية لا يكون مسقطا للقصاص لان السعاية
ليست بعوض عن المقتول بل هي بدل عن الرق ولو كان للمولى وليان فعفا احدهما
ينقلب نصيب الاخر مالا بخلاف القن لان هناك لا يمكن ايجاب الضمان لانه لو
وجب للمولى على عبده وليس يجب للمولى على عبده دين وهاهنا يمكن لان المدبر
يعتق بموت سيده فيسعى وهو حر فلم يكن في ايجاب الدية عليه ايجاب الدين
عليه ايجاب الدين للمولى على عبده فهو الفرق وان كان ام ولد فقتلت مولاها
خطا او عمدا فحكمها حكم المدبر وانما يختلفان في السعاية فام الولد لا سعاية
عليها والمدبر يسعى في قيمته لان العتق هناك يثبت بطريق الوصية وعتق
ام الولد ليس بوصية حتى لا يعتبر من الثلث ولو قتلت ام الولد مولاها
عمدا وله ابنان من غيرها فعفا احدهما سعت في نصف قيمتها للذي لم يعف لان القصاص
قد سقط بعفو احدهما وانقلب نصيب الاخر مالا وانما وجب عليها السعاية
في نصف قيمتها لا في نصف الدية وان كانت هي حرة وقت وجوب السعاية لانها
عتقت بموت سيدها وتسعى وهي حرة لانها كانت مملوكة وقت الجناية فيجب
اعتبار الحالين حال وجود الجناية وحال وجود السعاية ولو كانت مملوكة
في الحالين بان قتلت اجنبيا خطا لوجبت القيمة وكانت على المولى لا عليها فان
كانت مملوكة حال الجناية حرة حال السعاية اعتبرنا الحالين فاوجبنا نصف
القيمة اعتبارا بحال وجود الجناية واوجبنا ذلك عليها لا على المولى اعتبارا
لحال وجوب السعاية اعتبارا للحالين بقدر الامكان ولو كان احد الابنين منها
لا يجب القصاص عليها وسعت في جميع قيمتها اما عدم وجوب القصاص فلانه
لو وجب لوجب مشتركا بينهما ولا يمكن الايجاب في نصيب ولدها اذ لا يجب للولد
على امه قصاص فتعذر الاستيفاء احتراما للام واما لزوم السعاية فلان القصاص
سقط للتعذر ولا عذر في القيمة فتسعى في جميع قيمتها وتكون بينهما وان كان مكاتبا
فقتل مولاه خطا فعليه الاقل من قيمته او الدية لان جناية المكاتب على مولاه لان

كجناية مولاه عليه لانه فيما يرجع الى اكسابه وارش جناياته كالاجنبي لانه احق باكسابه من
المولى ويجب القيمة حالة لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب على المولى بجناية
مدبره وان كان عمدا فعليه القصاص والله اعلم هذا اذا كان القاتل والمقتول حرين
او كان القاتل حرا والمقتول عبدا او كان القاتل عبدا والمقتول حرا فاما اذا كانا عبدين
بان قتل عبد عبدا خطا فالمقتول لا يخلو اما ان كان عبدا لاجنبي واما ان كان عبد
المولى القاتل فان كان عبد الاجنبي بان كان القاتل قنا يخاطب المولى بالدفع او الفدا
سوا كان المقتول قنا او مدبرا او ام ولد او مكاتبا وهذا وما اذا كان المقتول حرا
اجنبيا سوا الا ان هناك يخاطب المولى بالدفع او الفدا بالدية وهاهنا يخاطب
بالدفع او الفدا بالقيمة وان كان القاتل مدبرا او ام ولد فعلى المولى قيمة المدبر
او ام الولد سوا كان المقتول قنا او مدبرا او مكاتبا كما اذا كان المقتول حرا اجنبيا
وان كان القاتل مكاتبا فعليه قيمة نفسه سوا كان المقتول قنا او مدبرا او ام ولد او
مكاتبا كما اذا كان المقتول حرا اجنبيا هذا اذا كان المقتول عبد الاجنبي فان كان عبد
المولى القاتل فجناية القاتل عليه هدر لان كان القاتل قنا او مدبرا او ام ولد سوا
كان المقتول قنا او مدبرا او ام ولد او مكاتبا وان كان القاتل مكاتبا فجنايته عليه لازمة
كاينا من كان المقتول لما ذكرنا فيما تقدم هذا اذا قتل عبد عبدا خطا فان قتله عمدا
فعليه القصاص كاينا من كان المقتول والله الموفق واما القتل الذي هو في معنى
القتل الخطا فنوعان نوع هو في معناه من كل وجه وهو ان يكون على طريق المباشرة
ونوع في معناه من وجه وهو ان يكون من طريق التسبيب اما الاول فنحو النايم
ينقلب على انسان فيقتله فهذا القتل في معنى القتل الخطا من كل وجه لوجوده
لا عن قصد لانه مات بثقله فيترتب عليه احكامه من وجوب الكفارة والدية
وحرمان الميراث والوصية لانه اذا كان في معناه من كل وجه كان ورود الشرع
بهذه الاحكام هناك ورودا هاهنا دلالة وكذلك لو سقط انسان من سطح على قاعد
فقتله اما وجوب الدية فلوجود معنى الخطا وهو عدم القصد واما وجوب الكفارة
وحرمان الميراث والوصية فلوجود القتل مباشرة لانه مات بثقله سوا كان
القاعد في طريق العامة او في ملك نفسه ولو مات الساقط دون القاعد ينظر ان كان
القاعد في ملك نفسه او في موضع لا يكون قعوده فيه جناية لا شي على القاعد لانه
ليس بمتعد في القعود فما يولد منه لا يكون مضمونا عليه ويهدر دم الساقط وان كان
في موضع يكون قعوده فيه جناية فدية الساقط على القاعد يتحملها العاقلة لانه متعد
في القعود فالمتولد منه يكون مضمونا عليه كما في حفر البير ولا كفارة عليه لحصول
القتل بطريق التسبيب كما في حفر البير وكذلك اذا كان يمشي في الطريق حاملا سيفا
او حجرا او لبنة او خشبة فسقط من يده على انسان فقتله لوجود معنى الخطا فيه
وحصوله على سبيل المباشرة لحصول الالة بشرة المقتول ولو كان لابسا سيفا
فسقط على غيره فقتله او سقط عنه ثوبه او رداوه او طيلسانه او عمامته وهو
لابسه على انسان فتعقل به فتلف لا ضمان عليه اصلا لان في اللبس ضرورة اذ الناس
يحتاجون الى لبس هذه والتحرز عن السقوط ليس في وسعهم فكانت البلية فيه عامة

مطلب القتل الذي في معنى الخطا فنوعان

فتعذر

فتعذر التحفظ ولا ضرورة في الحمل والاحتراز عن سقوط المحمول ممكن ايضا وان كان
الذي لبسه مما لا يلبس عادة فهو ضامن وكذلك الراكب اذا كان يسير في طريق العامة
فوطيت دابته رجلا بيدها او برجلها لوجود معنى الخطا في هذا القتل وحصوله على
سبيل المباشرة لان ثقل الراكب على الدابة والدابة آلة له فكان القتل الحاصل بثقلها
مضافا الى الراكب فكان قتلا مباشرة ولو كدمت او صدمت او خبطت فهو ضامن
الا انه لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لحصول القتل على سبيل التسبيب
دون المباشرة ولا كفارة على السايق والقايد ولا حرمان الميراث والوصية لان
فعل السوق والقود يقرب الدابة من القتل فكان فعلا تسببا لا مباشرة والقتل
تسببا لا مباشرة لا يتعلق به هذه الاحكام بخلاف الراكب لانه قاتل مباشرة على
ما بينا والرديف والراكب سوا وعليهما الكفارة وحرمان الميراث والوصية لان ثقلهما
على الدابة والدابة آلة لهما فكانا قاتلين على طريق المباشرة ولو نفحت الدابة برجلها
او بذنبها وهو يسير فلا ضمان في ذلك على راكب ولا سايق ولا قايد والاصل ان
السير والسوق والقود في طريق العامة ماذون فيه بشرط سلامة العاقبة
فما لم تسلم عاقبته لم يكن ماذونا فيه فالمتولد منه يكون مضمونا الا اذا كان مما
لا يمكن الاحتراز عنه لسد باب الاستطراق على العامة ولا سبيل اليد والوطي
والكدم والصدم والخبط في السير والسوق والقود مما يمكن الاحتراز عنه بحفظ
الدابة دون الناس والنفح مما لا يمكن التحرز عنه وكذا البول والروث واللعاب
فسقط اعتباره والتحق بالعدم وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
الرجل جبار اي نفحها وهذا اسقط اعتبار ما يثار من الغبار من مشي الماشي حتى لو
افسد متاعا لم يضمن وكذا ما اثارت الدابة بسنابكها من الغبار والحصى الصغار
لا ضمان فيه لما قلنا كذا هذا واما الحصى الكبار فيجب الضمان لانه يمكن التحرز
عن اثارتها اذ لا يكون ذلك الا بتعنيف في السوق ولو كبح الدابة باللجام فنفحت برجلها
او بذنبها فهو هدر لعموم البلوى به ولو اوقف الدابة في الطريق فقتلت انسانا
فان كان ذلك في غير ملكه كطريق العامة فهو ضامن لذلك كله سوا وطيت بيدها
او برجلها او كدمت او صدمت او خبطت بيدها او نفحت برجلها او ذنبها او عطب شي
بروثها او بولها او لعابها كل ذلك مضمون عليه وسوا كان راكبا او لا لان وقف الدابة
في طريق العامة ليس بماذون فيه شرعا انما الماذون فيه هو المرور لا غير اذ الناس
يتضررون بالوقوف ولا ضرورة فيه فكان الوقوف فيه تعديا من غير ضرورة فما
تولد منه يكون مضمونا عليه سوا كان مما يمكن التحرز عنه او لا يمكن غير انه ان كان
راكبا فعليه الكفارة في الوطي باليد والرجل لكونه قاتلا من طريق المباشرة
وان لم يكن راكبا لا كفارة عليه لوجود القتل منه تسببا لا مباشرة وكذلك
لو وقف دابة على باب المسجد فهو مثل وقفه في الطريق لانه متعدي في الوقف
الا ان يكون الامام جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفا يقفون فيه دوابهم
فلا ضمان عليه فيما اذا اصابت في وقوفها لان للامام ان يفعل ذلك اذا لم يتضرر
الناس به فلم يكن متعديا في الوقف فاشبه الوقف في ملك نفسه الا اذا كان راكبا

فوطئت دابته انسانا فقتلته لان ذلك قتل بطريق المباشرة فيستوي في المواضع
كلها الا ترى لو كان في ملكه يضمن وكذلك لو وقف دابته في موضع اذن الامام بالوقف
فيه في سوق الخيل والبغال لما قلنا وكذلك اذا وقف دابته في الفلاة لان الوقف في الفلاة
مباح لعدم الاضرار بالناس فلم يكن متعديا فيه وكذلك في طريق ان كان وقف في المحجة
لما ذكرنا وان وقف في المحجة فالوقوف فيها كالوقف في ساير الطرق العامة ولو كان سايرا
في هذه المواضع التي اذن الامام للناس بالوقف فيها او سايقا او قايدا فهو ضامن لان اثر
الاذن في سقوط ضمان الوقف لا في غيره لان اباحة الوقف فيها استفيد بالاذن
لانه لم يكن ثابتا قبله فاما اباحة السير والسوق والقود فلم تثبت باذن الامام
لانه كان ثابتا قبله فبقي الامر فيها على ما كان قبل الاذن ان كان الوقف او السير
او السوق او القود في ملكه فلا ضمان عليه في شيء مما ذكرنا الا فيما وطئت دابته بيدها
او برجلها وهو راكب لان هذه الافعال لا تقع تعديا في الملك والتسبيب اذا لم
يكن تعديا لا يكون سببا لوجوب الضمان فاما الوطء باليد والرجل في حالة السير
او الوقف فهو قتل مباشرة لا تسبيبا حتى تجب الكفارة لوجوب الضمان على كل حال
سواء كان في ملكه او في غير ملكه وسواء كان الذي لحقه الجناية ماذونا في الدخول
او غير ماذون لان التلف حصل بفعله مباشرة ومن دخل ملك غيره بغير اذنه
لا يباح اتلافه ولو ربط الدابة في غير ملكه فدامت تجول في رباطها فاصابت
شيئا بيدها او برجلها او راثت او بالت فعطبت به شيء فذلك كله مضمون عليه
لانه متعدي في الوقف في غير ملكه ولو انفتح الرباط وذهبت من ذلك الموضع فما
عطب به شيء فهو هدر لان معنى التعدي قد زال بزوالها عن موضع الوقف واذا وقفها
غير مربوطة فزالت عن موضعها بعد ما وقفها ثم جنت على انسان او عطب بها شيء فهو
هدر لانها لما زالت عن موضع الوقف فقد زال التعدي فكانها دخلت في هذا الموضع
بنفسها وجنت ولو نفرت الدابة من الرجل او انفلتت منه فما اصابت في فورها
ذلك فلا ضمان عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم العجماء جبار اي البهيمة جرحها جبار
ولانه لا صنع له في نفادها وانفلاتها ولا يمكنه الاحتراز من فعلها فالمتولد منه لا
يكون مضمونا عليه ولو ارسل دابته فما اصابت من فورها ضمن لان سيرها في فورها
مضاف الى ارساله فكان متعديا في الارسال فصار كالدافع لها او السايق فان عطفت
يمينا وشمالا ثم اصابت فان لم يكن لها طريق الا ذلك فذلك مضمون على المرسل لانها
باقية على حكم الارسال وان كان لها طريق الا ذلك فذلك مضمون على المرسل لانها
باقية على حكم الارسال وان كان لها طريق اخر لا يضمن لانها عطفت باختيارها فانقطع
حكم الارسال وصارت كالمنفلتة ولو ارسل طيرا فاصاب شيئا في فوره ذلك لا
يضمن ذلك بالاجماع ذكره في الزيادات فمن ارسل بازيا في الحرم فاتلف صيدة
الحرم انه لا يضمن لانه يفعل باختياره وفعله جبار ولو اغرى كلبا حتى عقر رجلا
فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة كما لو ارسل طيرا وعند ابي يوسف يضمن كما لو ارسل
بهيمة وقال محمد ان كان سايقا له او قايدا يضمن وان لم يكن سايقا له ولا قايدا
لا يضمن وبه اخذ الطحاوي وجه قول محمد ان العقر فعل الكلب باختياره فالاصل هو

الاقتصار عليه وفعله جبار الا انه بالسوق او القود يصير مغريا اياه الى الاتلاف
فيصير سببا للتلف فاشبه سوق الدابة وقودها وجه قول ابي يوسف ان اغراء الكلب
بمنزلة ارسال البهيمة والمصاب على فور الارسال مضمون على المرسل فكذا هذا ولابي
حنيفة ان الكلب يعقر باختياره والاغراء للتحريض وفعله جبار ولو دخل رجل دار
غيره فعقره كلبه يضمن سواء دخل داره باذنه او بغير اذنه لان فعل الكلب جبار ولم
يوجد من صاحبه التسبيب الى العقر اذ لم يوجد منه الا الامساك في البيت وانه
مباح قال الله تعالى مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما امسكن عليكم ولو القى حية
او عقربا في الطريق فلدغت انسانا فضمانه على الملقي الا اذا عدلت عن ذلك الموضع
الى موضع اخر فلا يضمن لارتفاع التعدي بالعدول واذا اصطدم فارسان فماتا فدية
كل واحد منهما على عاقلة الاخر في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر على عاقلة كل واحد
منهما نصف دية الاخر وهو قول الشافعي وجه قول زفر ان كل واحد منهما مات بفعلين
فعل نفسه وفعل صاحبه وهو صدمه صاحبه وصدمه نفسه فيهدر ما حصل بفعل
نفسه ويعتبر ما حصل بفعل صاحبه فيلزم ان يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف
دية الاخر كما لو جرح نفسه وجرحه اجنبي فمات ان على الاجنبي نصف الدية لما قلنا
كذا هذا ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال مثل مذهبنا ولان كل واحد منهما
مات من صدمة صاحبه اياه فيضمن صاحبه كمن بنى حايطا في الطريق فصدم رجلا فمات
ان الدية على صاحب الحايط كذا هذا وبه تبين ان صدمة نفسه مع صدمة صاحبه
اياه غير معتبر اذ لو اعتبر لما لزم باني الحايط على الطريق جميع الدية لان الرجل قد
مشى اليه وصدمه وكذا لو حافر البير يلزمه جميع الدية وان كان الماشي قد مشى
اليها رجلان مدا حبلا حتى انقطع فسقط كل واحد منهما فان سقطا على ظهرهما فماتا
فلا ضمان فيه اصلا لان كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه اذ لو مات من فعل صاحبه
لخر على وجهه فلما سقط على قفاه علم انه سقط بفعل نفسه وهو مده فقد مات كل
واحد منهما من فعل نفسه فلا ضمان على احد وان سقطا على وجههما فماتا فدية كل
واحد منهما على عاقلة الاخر لانه لما خر على وجهه علم انه مات من جذبه وان سقط احدهما
على ظهره والاخر على وجهه فماتا جميعا فدية الذي سقط على وجهه على عاقلة الاخر لانه
مات بفعله وهو جذبه ودية الذي سقط على ظهره هدر لانه مات من فعل نفسه
ولو قطع قاطع الحبل فسقطا جميعا فماتا فالضمان على عاقلة القاطع لانه سبب
في اتلافهما والاتلاف تسبيبا يوجب الضمان كحفر البير ونحو ذلك صبي في يد ابيه
جذبه رجل من يده والاب يمسكه حتى مات فديته على الذي جذبه ويرثه ابوه
لان الاب محق في الامساك والجاذب متعد في الجذب والضمان عليه ولو تجاذب
رجلان صبيا فاحدهما يدعي انه ابنه والاخر يدعي انه عبده فمات من جذبهما فعلى
الذي يدعي انه عبده ديته لانه متعد في الجذب لان المتنازعين في الصبي اذا
زعم احدهما انه ابوه فهو اولى به من الذي يدعي انه عبده فكان امساكه بحق وجذب
الاخر بغير حق فيضمن رجل في يده ثوب تشبث به رجل فجذبه صاحب الثوب من يده
فخرق الثوب ضمن الممسك نصف الخرق لان حق صاحب الثوب في دفع الممسك وعليه

دفعه بغير جذب فاذا جذب وقد حصل التلف من فعلهما فانقسم الضمان بينهما رجل عض
ذراع رجل فجذب المعضوض ذراعه من فيه فسقطت اسنان العاض وذهب لحم ذراع
هذا تهدر دية الاسنان ويضمن العاض ارش الذراع لان العاض متعد في العض والجاذب
غير متعد في الجذب لان العض ضرر وله ان يدفع الضرر عن نفسه رجل جلس الى جنب
رجل فجلس على ثوبه وهو لا يعلم فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوس هذا
عليه يضمن الجالس نصف ذلك لان التلف حصل من الجلوس والجذب والجالس متعد
في الجلوس اذ لم يكن له ان يجلس عليه فكان التلف حاصلا من فعليهما فينقسم الضمان عليهما
رجل اخذ بيد انسان فصافحه فجذب يده من يده فانقلب فمات فلا شيء عليه لان
الاخذ غير متعد في الاخذ للمصافحة بل هو مقيم سنة وانما الجاذب هو الذي تعدى على
نفسه حيث جذب يده لا لدفع ضرر لحقه من الاخذ وان كان اخذ يده ليعصرها
فاذاه فجذب يده ضمن الاخذ ديته لانه هو المتعدي وانما صاحب اليد دفع الضرر
عن نفسه بالمد ولذلك فكان الضمان على المتعدي فان انكسرت يد الممسك وهو
الاخذ بالجذب لم يضمن الجاذب لان التعدي من الممسك فكان جانيا على نفسه
فلا ضمان على غيره والله اعلم واما الثاني فنحو جناية الحافر ومن في معناه ممن يحدث
شيئا في الطريق او في المسجد وجناية السايق والقايد وجناية الناخس وجناية
الحايط اما جناية الحافر فالحفر لا يخلو اما ان كان في غير الملك اصلا واما ان كان
في الملك فان كان في غير الملك ينظر ان كان في غير الطريق بان كان في المفازة لا ضمان
على الحافر لان الحفر ليس بقتل حقيقة بل هو تسبب الى القتل الا ان التسبيب
قد يلحق بالقتل اذا كان المسبب متعديا في التسبيب والمسبب ها هنا ليس
بمتعدي لان الحفر في المفازة مباح مطلق فلا يلحق به فانعدم القتل حقيقة وتقديرا
فلا يجب الضمان وان كان في طريق المسلمين فوقع فيها انسان فمات فلا يخلو اما ان
مات بسبب الوقوع واما ان مات غما او جوعا فان مات بسبب الوقوع فالحافر لا يخلو
اما ان كان حرا واما ان كان عبدا فان كان حرا يضمن الدية لان حفر البير على قارعة الطريق
سبب لوقوع المار فيها اذا لم يعلم وهو متعد في هذا التسبيب فيضمن الدية وتتحمل
عنه العاقلة لان التحمل في القتل الخطا المطلق للتخفيف على القاتل نظرا له والقتل بهذا
الطريق دون القتل الخطا فكانت الحاجة الى التخفيف ابلغ ولا كفارة عليه لان وجوبها
متعلق بالقتل مباشرة والحفر ليس بقتل اصلا حقيقة الا انه الحق بالقتل في حق
وجوب الدية فبقي في حق وجوب الكفارة على الاصل ولان الكفارة في الخطا المطلق
انما وجبت شكرا لنعمة الحيوة بالسلامة عند وجود سبب فوت السلامة وذلك
بالقتل واذا لم يوجد لم يجب الشكر وكذا لا يحرم الميراث ان كان وارثا للمجني عليه
ولا الوصية ان كان اجنبيا لان حرمان الميراث والوصية حكم متعلق بالقتل قال
النبي صلى الله عليه وسلم لا ميراث لقاتل وقال لا وصية لقاتل ولم يوجد القتل حقيقة
وان مات غما او جوعا فقد اختلف اصحابنا فيه قال ابو حنيفة لا يضمن وقال محمد يضمن
وقال ابو يوسف ان مات غما يضمن وان مات جوعا لا يضمن وجه قول محمد ان الضمان
عند الموت بسبب السقوط انما وجب لكون الحفر تسببا الى الهلاك ومعنى التسبيب

موجود

جناية الحافر

موجود ها هنا لان الوقوع سبب الغم والجوع لان البير ياخذ نفسه واذا طال مكثه
يلحقه الجوع والوقوع بسبب الحفر فكان مضافا اليه كما اذا حبسه في موضع حتى مات
وجه قول ابي يوسف ان الغم من اثار الوقوع فكان مضافا الى الحفر فاما الجوع فليس من
اثاره فلا يضاف الى الحفر ولابي حنيفة رحمه الله انه لا صنع للحافر في الغم ولا في الجوع
حقيقة لانهما يحدثان بخلق الله تعالى لا صنع للعبد فيهما اصلا لا مباشرة ولا تسببا
اما المباشرة فلا شك في انتفايها واما التسبيب فلان الحفر ليس بسبب للجوع لا شك
فيه لانه لا ينشا منه بل من سبب اخر والغم ليس من لوازم البير فانها قد تغم وقد
لا تغم فلا يضاف ذلك الى الحفر وان اصابته جناية فيما دون النفس فضمانها على الحافر
لانها حصلت بسبب الوقوع والوقوع بسبب الحفر ثم ان بلغ القدر الذي تتحمله العاقلة
تحمل عليهم والا فيكون في ماله وكذا اذا كان الواقع غير بني ادم لان ضمان المال لا تتحمله
العاقلة كما لا تتحمل ساير الديون ثم جنايات الحفر وان كثرت من الحر يجب عليه لكل
جناية ارشها ولا يسقط شيء من ذلك بشيء منه ولا يشترك المجني عليهم فيما يجب لكل
واحد منهم لانه بالحفر جنى على كل واحد منهم بحياله فيؤاخذ بكل واحدة من الجنايات
بحيالها هذا هو الاصل وان كان الحافر عبدا فان كان قنا فجنايته بالحفر بمنزلة جنايته
بيده وقد ذكرنا حكم ذلك فيما تقدم وهو ان يخاطب المولى بالدفع او الفداء قلت
جنايته او كثرت غير انه ان كان المجني عليه واحدا يدفع اليه او يفدي وان كانوا
جماعة يدفع اليهم او يفدي بجميع الارش لان جنايات القن في رقبته يقال للمولى ادفع
او افد والرقبة تضيق عن الحقوق فان وقع فيها واحد فمات فدفعه المولى الى
ولي جنايته ثم وقع اخر يشارك الاول في الرقبة المدفوعة وكذلك الثالث والرابع
فكلما يحدث من جناية بعد الدفع فانهم يشاركون المدفوع اليه الاول في رقبة
العبد وكل واحد منهم يضرب بقدر جنايته لان المولى بالدفع الى الاول خرج عن عهدة
الجناية لانه فعل ما وجب عليه فخرج عن عهدة الواجب ثم الجناية في حق الثاني
والثالث حصلت بسبب الحفر ايضا والحكم فيها وجوب الدفع فكان الدفع الى الاول
دفعا الى الثاني والثالث لاستواء الكل في سبب الوجوب كانه دفعه الى الاول دفعة
واحدة ولو حفر ثم اعتقه المولى بعد الحفر قبل الوقوع ثم لحقت الجنايات فذلك
على المولى في قيمته يوم عتق يشترك فيها اصحاب الجنايات التي كانت قبل العتق وبعده
يضرب في ذلك كل واحد بقدر ارش جنايته لان جناية القن وان كثرت فالواجب
فيها الدفع والمولى بالاعتاق فوت الدفع من غير اختيار الفدا فيعتبر قيمته وقت
الاعتاق لان فوات الدفع حصل بالاعتاق فتعتبر قيمته يوم الاعتاق بخلاف
المدبر انه لا يعتبر قيمته يوم التدبير بل يوم الجناية وان كان فوات الدفع بالتدبير
لكن بالتدبير انما يصير سببا عند وجود شرطه وهو الجناية فتعتبر قيمته حينئذ على
ما بينا فيما تقدم وان كان الحافر مدبرا او ام ولد فعلى المولى قيمة واحدة قلت الجناية
او كثرت وتعتبر قيمته يوم الجناية وهو يوم الحفر ولا تعتبر زيادة القيمة ونقصانها
لانه صار جانيا بسبب الحفر عند الوقوع فيعتبر قيمته وقت الجناية كما اذا جنى بيده
وان كان مكاتبا فجنايته على نفسه لا على مولاه كما اذا جنى بيده وتعتبر قيمته يوم الحفر لما بينا

مطلب

ولو حفر بيرا في الطريق فجاء انسان ودفع انسانا والقاه فيه فالضمان على الدافع لا على
الحافر لان الدافع قاتل مباشرة ولو وضع رجل حجرا في قعر البير فسقط انسان فيها لا ضمان
على الحافر مع الواضع ها هنا كالدافع مع الحافر ولو جاء رجل وحفر من اسفلها ثم وقع فيها انسان
فالضمان على الاول كذا ذكر الحاكم الكرخي وذكر محمد في الكتاب ينبغي في القياس ان يضمن
الاول ثم قال وبه ناخذ ولم يذكر الاستحسان وذكر القاضي في شرح مختصر
الطحاوي في الاستحسان الضمان عليهما لاشتراكهما في الجناية وهي الحفر فيشتركان
في الضمان وجه القياس ان سبب الوقوع حصل من الاول وهو الحفر بازالة المسكة
والحفر من الثاني بمنزلة نصب السكين او وضع الحجر في قعر البير فكان الاول كالدافع
فكان الضمان عليه ولو حفر رجل بيرا فجاء انسان ووسع راسها فوقع فيها انسان فالضمان
عليهما نصفان هكذا اطلق في الكتاب ولم يفصل وقيل جواب الكتاب محمول على ما اذا
وسع قليلا بحيث تقع رجله في حفرهما اما اذا وسع كثيرا بحيث تقع قدمه في حفر الثاني
فالضمان على الثاني لا على الاول لان التوسع اذا كان قليلا بحيث تقع قدمه في حفرهما
كان الوقوع بسبب وجد منهما وهو حفرهما فكان الضمان عليهما واذا كان كثيرا كان
الوقوع بسبب وجد من الثاني فكان الضمان عليه ولو حفر بيرا ثم كبسها فجاء رجل واخرج
ما كبس فوقع فيها انسان فالكبس لا يخلو اما ان كان بالتراب والحجارة واما ان كان
بالحنطة والشعير فان كان بالاول فالضمان على الثاني وان كان بالتراب والحجارة والما
بالثاني فالضمان على الاول لان الكبس بالتراب والحجارة يحدث طما للبير والحاق له
بالعدم فكان اخراج ذلك منها بمنزلة احداث حفر اخرى فاما بالحنطة والشعير ونحوها
فلا يعد ذلك طما بل يعد شغلا لها الا ترى انه يبقى اثر الحفر بعد الكبس بالتراب
والحجارة ولو حفر بيرا وسد الحافر راسها ثم جاء انسان فالضمان على الحافر لان اثر
الحفر لم ينعدم بالسد لكن السد صار مانعا من الوقوع والفاتح بالفتح ازال المانع
وزوال المانع شرط للوقوع والحكم يضاف الى السبب لا الى الشرط ولو وضع رجل
حجرا في الطريق فعثر عليه رجل فوقع في بير حفرها اخر فالضمان على واضع الحجر
لان الوقوع بسبب التعثر والتعثر بسبب وضع الحجر والوضع تعدي منه فكان
التلف مضافا الى وضع الحجر فكان على واضعه وان كان لم يضعه احد ولكنه حمله
السيل فالضمان على الحافر لانه لا يمكن ان يضاف الى الحجر لعدم التعدي منه فيضاف
الى الحافر لكونه متعديا في الحفر ولو اختلف الحافر وورثة الميت فقال الحافر هو القى
نفسه فيها متعمدا وقال الورثة بل وقع فيها فالقول قول الحافر في قول ابي يوسف
الاخر وهو قول محمد وفي قول ابي يوسف الاول القول قول الورثة وجه قوله الاول
ان الظاهر شاهد للورثة لان العاقل لا يلقي نفسه في البير عمدا والقول قول
من يشهد له الظاهر وجه قوله الاخر ان حاصل الاختلاف يرجع الى وجوب الضمان
فالورثة يدعون على الحافر الضمان وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه وما ذكر
من الظاهر معارض بظاهر اخر وهو ان الظاهر ان المار على الطريق الذي يمشي
يرى البير فتعارض الظاهران فبقي الضمان على اصل العدم ولو حفر بيرا في الطريق
فوقع رجل فيها فتعلق باخر وتعلق الثاني بالثالث فوقعوا فماتوا فهذا في الاصل لا يخلو

عن احد

عن احد وجهين اما ان علم حال موتهم بان خرجوا احياء فاخبروا عن حال موتهم واما ان لم
يعلم فان علم ذلك فاما موت الاول فلا يخلو عن سبعة اوجه اما ان علم انه مات بوقوعه
في البير خاصة واما ان علم انه مات بوقوع الثاني عليه خاصة واما ان علم انه مات بوقوع
الثالث عليه خاصة واما ان علم انه مات بوقوع الثاني والثالث عليه واما ان علم
انه مات بوقوعه في البير ووقوع الثاني عليه واما ان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع
الثالث عليه واما ان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع الثاني والثالث عليه فان
واما ان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع الثاني والثالث عليه فان علم انه مات
بوقوعه في البير خاصة فالضمان على الحافر لان الحافر هو القاتل تسبيبا وهو متعد
فيه فكان الضمان عليه فان علم انه مات بوقوع الثاني عليه فدمه هدر لانه هو
الذي قتل نفسه حيث جر على نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر وان
علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فالضمان على الثاني لان الثاني هو الذي جر
الثالث على الاول حتى اوقعه عليه فان علم انه مات بوقوع الثاني والثالث عليه
فنصفه هدر ونصفه على الثاني لان جر الثاني على نفسه هدر لانه جناية على نفسه
وجر الثاني والثالث عليه معتبر فيهدر النصف ويبقى النصف وان علم انه مات بوقوعه
في البير ووقوع الثاني عليه فالنصف على الحافر لوجود الجناية منه بالحفر والنصف
هدر لجره الثاني على نفسه وان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع الثالث عليه فالنصف
على الحافر والنصف على الثاني والثالث عليه فالثلث هدر لانه هو الذي جر الثالث على
الاول وان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع الثاني والثالث عليه فالثلث هدر
والثلث على الحافر والثلث على الثاني لانه مات بثلاث جنايات احدها هدر وهي
جره الثاني على نفسه فبقيت جناية الحافر وجناية الثاني بجره الثالث على الاول فيعتبر
فاما موت الثاني فلا يخلو من ثلثة اوجه اما ان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع
الثالث عليه فان علم انه مات بسقوطه في البير خاصة فديته على الاول وليس
على الحافر شيء لان الاول هو الذي جره الى البير فكان كالدافع وان علم انه مات
بوقوع الثالث عليه خاصة فدمه هدر لانه مات بفعل نفسه حيث جر
الثالث على نفسه فيهدر دمه فان علم انه مات بسقوطه في البير ووقوع الثالث
عليه فالنصف هدر والنصف على الاول لانه مات بشيئين احدهما فعل نفسه وهو
جر الثالث على نفسه وجنايته على نفسه هدر والثاني فعل غيره وهو جر الاول
واياه في البير واما موت الثالث فله وجه واحد لا غير وهو سقوطه في البير
وديته على الثاني لانه هو الذي جره الى البير واوقعه فيه هذا كله اذا علم حال
وقوعهم فاما اذا لم يعلم فلا يخلو اما ان وجد بعضهم على بعض واما ان وجدوا
متفرقين فان كانوا متفرقين فدية الاول على الحافر ودية الثاني على الاول ودية
الثالث على الثاني وان كان بعضهم على بعض فالقياس هكذا ايضا وهو ان تكون
دية الاول على الحافر ودية الثاني على الاول ودية الثالث على الثاني وهو قول
محمد رحمه الله وفي الاستحسان دية الاول اثلاث ثلث على الحافر وثلث على الثاني
وثلث هدر ودية الثاني نصفان نصف هدر ونصف على الاول ودية الثالث كلها

على الثاني ولم يذكر محمد رحمه الله في الاستحسان انه قول من وجه القياس انه وجد لموت
كل واحد منهما سبب ظاهر وهو الحفر الاول والجر من الاول للثاني والجر من الثاني
للثالث واضافة الاحكام الى الاسباب الظاهرة اصل في الشريعة ووجه الاستحسان
انه اجتمع في الاول ثلثة اسباب كل واحد منها صالح للموت وقوعه في البير ووقوع
الثاني ووقوع الثالث عليه الا ان وقوع الثاني عليه حصل بجره اياه على نفسه
فهدر الثلث وبقي ثلثان ثلث على الحافر بحفره وثلث على الثاني بجره الثالث على نفسه
ووجد في الثاني سببان الحفر ووقوع الثالث عليه الا ان وقوعه عليه حصل
بجره فهدر نصف الدية وبقي النصف على الحافر ولم يوجد في الثالث الا سبب واحد
وهو جر الثاني اياه الى البير والاصل في الاسباب اعتبارها ما امكن واعتبارها يقتضي
ان يكون الحكم ما ذكرنا والله اعلم ولو استاجر رجلا يحفر له بيرا في الطريق فحفر فوقع
فيها انسان فان كانت البير في فناء المستاجر فالضمان عليه لا على الاجير لان له ولاية
الانتفاع بفنائه اذا لم يتضمن الضرر بالمارة على اصلهما مطلقا وعلى اصل ابي حنيفة
اذا لم يمنع منه مانع فانصرف مطلق الامر بالحفر اليه فاذا حفر في فنائه انتقل
فعل المامور اليه كانه حفر بنفسه فوقع فيها انسان ولو كان كذلك وجب الضمان
عليه هكذا هذا وان لم يكن في فنائه فان اعلم المستاجر الاجير ان ذلك ليس من فنائه
فالضمان على الاجير لا على الامر لان الاجير لم يحفر بامره فبقي فعله مقصورا عليه كانه
استبد بالحفر من نفسه من غير امر فوقع فيها انسان وان لم يعلمه فالضمان على الامر
لانه غره بالامر بحفر البير في الطريق مطلقا انما يامر بما يملكه عادة فيلزمه ضمان
الحفر وهو ضمان الكفالة في الحقيقة كانه ضمن له ما يلزمه من الحفر عن له ضمان
الدرك ولو امر عبده ان يحفر بيرا في الطريق فحفر فوقع فيها انسان فان كان الحفر
في فنائه فالضمان على عاقلة المولى لانه يملك الامر بالحفر في هذا المكان فينتقل فعله
الى المولى كانه حفر بنفسه وان كان في غير فنائه فالضمان في رقبة العبد يخاطب
المولى بالدفع او الفداء لان الامر بالحفر لا ينصرف الى غير فنائه فصار مبتديا في
الحفر بنفسه سواء علم العبد انه ليس من فنائه او لم يعلم بخلاف الاجير لان وجوب
الضمان على الامر هناك بمعنى الغرور على ما بينا ولا يتحقق الغرور فيما بين العبد وبين مولاه
فيستوي فيه العلم والجهل وان كان الحفر في الملك فان كان في ملك غيره بان حفر
بيرا في دار انسان بغير اذنه فوقع فيها انسان يضمن الحافر لانه متعد في التسبيب
ولو قال صاحب الدار انا امرته بالحفر وانكر اولياء الميت فالقياس ان لا يصدق
صاحب الدار والقول قول الورثة وفي الاستحسان يصدق والقول قوله الحافر
وجه القياس ان الحفر وقع موجبا للضمان ظاهرا لانه صادف ملك الغير وانه محظور
فكان متعديا في الحفر من حيث الظاهر وصاحب الدار بالتصديق يريد ابراء الجاني
عن الضمان فلا يصدق وجه الاستحسان ان قول صاحب الدار امرته بذلك اقرار
منه بما يملك انشاءه للحال وهو الامر بالحفر فيصدق وان كان في ملك نفسه لا ضمان
عليه لان الحفر مباح مطلق له فلم يكن متعديا في التسبيب وان كان في فنائه يضمن
لان الانتفاع به مباح بشرط السلامة كالسير في الطريق ولو استاجر اربعة يحفرون

له بيرا

له بيرا فوقعت عليهم من حفرهم فمات احدهم فعلى كل واحد من الثلثة ربع الدية لانه مات
من اربع جنايات الا ان جناية المرء على نفسه هدر فبطل الربع وبقيت جنايات اصحابه
عليه فيجب عليهم ثلثة ارباع الدية على كل واحد منهم الربع وقد روى الشعبي
عن علي رضي الله عنه انه قضى على القارصة والقامصة والواقصة بالدية اثلاثا وهن
ثلاث جواري ركبت احديهن الاخرى فقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت
الراكبة فقضى للتي وقصت بثلثي الدية على صاحبتيها واسقط الثلث لان الواقصة
اعانت على نفسها وروي ان عشرة مدوا نخلة فسقطت على احدهم فمات فقضى علي
رضي الله عنه على كل واحد منهم بعشر الدية واسقط العشر لان المقتول اعان على نفسه
ولو استاجر احرارا حرا او عبدا محجورا او مكاتبا يحفرون له بيرا فوقعت البير عليهم من
حفرهم فماتوا فلا ضمان على المستاجر في الحر ولا في المكاتب ويضمن قيمة العبد لمولاه
اما الحر والمكاتب فلانه لم يوجد فيهما من المستاجر سبب وجوب الضمان لان له
استيجارهما وقع صحيحا فكان استعماله اياهما في الحفر بناء على عقد صحيح ولا يكون سببا
لوجوب الضمان ووقوع البير عليهما حصل من غير صنعه فلا يجب الضمان عليه
واما العبد فلان استيجاره لم يصح فصار المستاجر باستعماله في الحفر غاصبا
اياه فدخل في ضمانه فاذا هلك فقد تقرر الضمان فعليه قيمته لمولاه ثم اذا دفع
قيمته الى المولى فالمولى يدفع القيمة الى ورثة الحر والمكاتب فيقتسمونها فيضرب
ورثة الحر بثلث دية الحر وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب وانما كان كذلك لان
موت كل واحد منهم حصل بثلاث جنايات بجناية نفسه وجناية صاحبيه فيهدر
قدر الثلث من الحر والمكاتب بالقائمة بجناية العبد وجناية الحر فتوجب الدفع
ولو كان قنا لوجب دفعه الى ورثة الحر والمكاتب يتضاربون في رقبته على قدر
حقوقهم فاذا هلك الى القيمة وجب دفع القيمة اليهم يتضاربون فيها ايضا
فيضرب ورثة الحر فيها بثلث دية الحر وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب لان الحر
مضمون بالدية والمكاتب مضمون بالقيمة ثم يرجع المولى على المستاجر بقيمة العبد
مرة اخرى وتسلم له تلك القيمة لانه وان رد المغصوب الى المغصوب منه برد
قيمته اليه لكنه رده مشغولا وقد كان غصبه فارغا فلم يصح رده في حق الشغل
فيضمن القيمة مرة اخرى وللمستاجر ان يرجع على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد
لانه ملك العبد بالضمان من وقت الغصب فتبين ان الجناية حصلت من الحر
على ثلث عبد المستاجر فمن ثلث قيمته يوخذ من عاقلته ويأخذ ورثة المكاتب
ايضا من عاقلة الحر ثلث قيمة المكاتب لوجود الجناية من الحر على ثلثه فيضمن
ثلث قيمته فيوخذ من عاقلته ثم يوخذ من تركة المكاتب مقدار قيمته
فيكون بين ورثة الحر وبين المستاجر لوجود الجناية منه على الحر وعلى العبد فيضرب
ورثة الحر بثلث دية الحر ويضرب المستاجر بثلث قيمة العبد لانه جنى على ثلث
الحر وعلى ثلث العبد فما تلف من كل واحد منهما ثلثه والحر يضمن بالدية والعبد
بالقيمة وقد ملك المستاجر العبد بالضمان فكان ضمان الوارد على ملكه والله اعلم
وقالوا فيمن حفر بيرا في سوق العامة لمصلحة المسلمين فوقع فيها انسان ومات انه ان كان

الحافر باذن السلطان لا يضمن وان كان بغير اذنه يضمن واذا اتخذ قنطرة للعامة
وروى عن ابي يوسف انه لا يضمن ووجهه ان ما كان من مصالح المسلمين كان الاذن فيه
ثابتا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا ووجه ظاهر الرواية ان ما يرجع الى مصالح عامة
المسلمين كان حقا لهم والتدبير في امر العامة الى الامام فكان الحفر فيه بغير اذن الامام
كالحفر في دار انسان بغير اذن صاحب الدار وهذا الذي ذكرنا حكم الحافر في الطريق
وكذلك من كان في معنى الحافر ممن يحدث شيئا في الطريق بان اخرج جناحا الى طريق
المسلمين او نصب فيه ميزابا فصدم انسانا فمات او بنى دكانا او وضع حجرا او خشبة
او متاعا او قعد في الطريق ليستريح فعثر بشيء من ذلك عاثر فوقع فمات او وقع
على غيره فقتله او احدث فيه ما اوقع غيره من ذلك العثرة والسقوط جناية من قبل او غيره
او صبيا في الطريق فزلق به انسان فهو في ذلك كله ضامن وكذلك ما عطب بذلك
من الدواب لانه سبب التلف باحداث هذه الاشيا وهو متعد في التسبيب
فما تولد منه يكون مضمونا عليه كالمتولد من الرمي ثم ما كان من الجنايات في بني
ادم تتحمل العاقلة اذا بلغت القدر الذي تتحمل العاقلة وهو نصف عشر دية الرجل
وما لم يبلغ ذلك القدر او كان منها في غير بني ادم يكون في ماله لان تحميل العاقلة
ثبت بخلاف القياس لعدم الجناية منهم وقد قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى
عرفناه بنص خاص في بني ادم في هذا القدر فبقي الامر فيما دونه وفي غير بني ادم على الاصل
ولا كفارة عليه ولا يحرم الميراث ولو كان وارثا للمجني عليه ولا الوصية لو كان اجنبيا
لانه لم يباشر القتل وقد قالوا فيمن وضع كناسة في الطريق فعطب بها انسان
انه يضمن لان التلف حصل بوضعه وهو في الوضع متعد وقال محمد رحمه الله
ان وضع ذلك في طريق غير نافذ وهو من اهله لم يضمن لعدم التعدي منه اذ
الطريق مشترك بين اهل السكة فيكون لكل واحد من اهلها الانتفاع به كالدار
المشتركة ولو سقط الميزاب الذي نصبه صاحب الدار الى طريق المسلمين على انسان
فقتله ان اصابه الطرف الداخل في الحائط لم يضمن لانه في ذلك القدر متصرف
في ملك نفسه فلم يكن متعديا فيه وان اصابه الطرف الخارج الى الطريق يضمن لانه
متعد في اخراجه الى الطريق وان اصابه الطرفان جميعا يضمن النصف لانه متعد في
النصف لا غير وان كان لا يدري ففي القياس ان لا يضمن شيئا لانه ان كان اصابه الطرف
الداخل لا يضمن وان كان اصابه الطرف الخارج والضمان لا يتحقق لم يكن واجبا
وقع الشك في وجوبه فلا يجب بالشك وفي الاستحسان يضمن النصف لانه اذا لم
يعرف الطرف الذي اصابه انه الداخل او الخارج يجعل كانه اصابه الطرفان جميعا
كما في الغرقى والحرقى انه اذا لم يعرف التقدم والتاخر في موتهم يجعل كانهم ماتوا
جملة واحدة في ان واحد حتى لا يرث البعض من البعض كذا هذا ولو احدث شيئا مما
ذكرنا في المسجد بان حفر بئرا في المسجد لاجل الماء او بنى فيه دكانا او غيره فعطب
به انسان فان كان الحافر والباني من اهل المسجد فلا ضمان عليه وان كان من
غير اهله فان فعل باذن اهل المسجد فكذلك وان فعل بغير اذنهم يضمن بالاجماع
لان تدبير مصالح المسجد الى اهل المسجد فما فعلوه لا يكون مضمونا عليهم كالاب او الوصي

اذا فعل

اذا فعل شيئا من ذلك في دار اليتيم ومتولي الوقف اذا فعل في الوقف واما غير اهل
الوقف المسجد فليس له ولاية التصرف في المسجد بغير اذن اهل المسجد فاذا فعل
بغير اذنهم كان متعديا في فعله فكان مضمونا عليه ولو علق قنديلا او بسط حصيرا
او القى فيه الحصى فان كان من اهل المسجد فلا ضمان عليه وان لم يكن من اهل ذلك
المسجد فان فعله باذن اهل المسجد فكذلك وان فعل بغير اذنهم يضمن في قول ابي حنيفة
وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يضمن وجه قولهما ان المسجد لعامة المسلمين فكان كل واحد
من احاد المسلمين بسبيل من اقامة مصالحه ولان هذه المصالح من عمارة المسجد وقد
قال الله تعالى انما يعمر مساجد الله من امن بالله من غير تخصيص الا ان لاهل المسجد
ضرب اختصاص به فيظهر ذلك في التصرف في نفسه بالحفر والبناء لا في القنديل والحصير
كالمالك مع المستعير ان للمستعير ولاية بسط الحصير وتعليق القنديل في دار الاعارة
وليس له ولاية الحفر والبناء كذا هذا ولابي حنيفة ما ذكرنا ان التدبير في مصالح
المسجد الى اهل المسجد لا الى غيرهم بدليل ان لهم ولاية منع غيرهم من التعليق
والبسط وعمارة المسجد فكان الغير متعديا في فعله فما تولد منه يكون مضمونا
عليه كما لو وضع شيئا في دار غيره بغير اذنه فعطب به انسان ولهذا ضمن بالحفر
والبناء كذا هذا وكون المسجد لعامة المسلمين لا يمنع اختصاص من اهل بالتدبير
والنظر في مصالحه كالكعبة فانها لجميع المسلمين ثم اختص بنو شيبة بمفاتيحها حتى روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما اخذ مفتاح الكعبة منهم ودفعه الى عمه العباس
رضي الله عنه عند طلبه ذلك امره الله تعالى برده الى بني شيبة بقوله تعالى ان الله
يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها ولو جلس في المسجد او لم يكن من اهله لان
المسجد بني للصلاة فلو اخذ المصلي بالضمان لصار الناس ممنوعين عن الصلاة
في المساجد وهذا لا يجوز وان جلس لحديث او نوم فعطب به انسان يضمن في
قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يضمن وجه قولهما ان الجلوس في المسجد
لغير الصلاة من الحديث والنوم مباح فلم يكن الهلاك حاصلا بسبب هو متعد
فيه فلا يجب الضمان كما لو جلس في داره فعثر عليه انسان فعطب انه لا يضمن
كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان المسجد بني للصلاة لا للحديث والنوم فاذا
شغله بذلك صار متعديا فيضمن كما اذا جلس في الطريق للاستراحة فعطب به
انسان انه يضمن لان الطريق جعل للاجتياز لا للجلوس فاذا جلس فقد صار
متعديا فيضمن كذا هذا وقولهما النوم والحديث مباح في المسجد مسلم لكن بشرط
سلامة العاقبة ولم يوجد الشرط فكان تعديا ولو جلس لانتظار الصلاة او لقراءة
القران او لعبادة من العبادات غير الصلاة فلا شك ان على اصلهما لا يضمن لانه
لو جلس بغير قربة لا يضمن فاذا جلس لقربة اولى واما على اصل ابي حنيفة فقد اختلف
المشايخ فيه قال بعضهم لا يضمن لان المنتظر للصلاة في الصلاة على لسان رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقال بعضهم يضمن لانه ليس في الصلاة حقيقة وانما الحق
بالمصلي في حق الثواب لا غير والله اعلم ومن هذا الجنس جناية السائق والقائد بان
ساق دابة في طريق المسلمين او قادها فوطئت انسانا بيدها او برجلها او كدمت

او صدمت او خبطت فهو ضامن لما ذكرنا من الاصل ان السوق والقود في الطريق
مباح بشرط سلامة العاقبة فاذا حصل التلف بسببه لم يوجد الشرط فوقع تعديا
فالمتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضمونا وهذا مما يمكن الاحتراز عنه بان
يذود الناس عن الطريق فيكون مضمونا وسوا كان السايق او القايد راجلا او راكبا
الا انه اذا كان راكبا فعليه الكفارة اذا اوطى دابته انسانا بيدها او رجلها ويحرم
الميراث والوصية وان كان راجلا لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لان هذه
الاحكام يتعلق ثبوتها بمباشرة القتل لا بالتسبيب والمباشرة من الراكب لا من غيره
وان كان احدهما سايقا والاخر قايدا فالضمان عليهما لانهما اشتركا في التسبيب فيشتركان
في الضمان وكذلك اذا كان احدهما سايقا والاخر راكبا او كان احدهما قايدا والاخر راكبا
فالضمان عليهما لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما الا ان الكفارة تجب على
الراكب وحده فيما وطيت دابته انسانا فقتلته لوجود القتل منه وحده مباشرة
وان قاد قطارا فما اصاب اول القطار او اخره او وسطه انسانا بيد او رجل او صدم
انسانا فقتله فهو ضامن لذلك لانه فعل فعلا هو سبب حصول التلف فيضمن
وهو مما يمكن الاحتراز عنه كما اذا وضع حجرا في الطريق او حفر فيه بيرا فان كان معه
سايق في اخر القطار فالضمان عليهما لان كل واحد منهما سبب التلف وان كان السايق
في وسط القطار فما اصاب مما خلف هذا السايق وما بين يديه شيا فهو عليهما لان ما
بين يديه هو له سايق والاول له قايد وما خلفه هو له قايد لان اما قايد القطار فلا شك
فيه لان بعضه مربوط ببعض واما السايق الذي في وسط القطار فلانه يسوقه
ما بين يديه قايد لما خلفه لان ما خلفه ينقاد بسوقه فكان قايدا له والقود والسوق
كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان لما بينا وان كان احيانا في وسط القطار واحيانا
يتاخر واحيانا يتقدم وهو يسوقها في ذلك فهو والاول سوا لانه سايق وقايد
والسوق والقود كل واحد منهما لوجوب الضمان وان كانوا ثلثة احدهم في مقدم
القطار والاخر في موخر القطار والاخر في وسطه فان كان الذي في الوسط الموخر لا يسوق
ولكن المقدم يقوده فما اصاب الذي قدام الوسط شيا فذلك كله على القايد لان التلف
حصل بسبب القود وما اصاب الذي خلفه فذلك على القايد الاول وعلى الذي
في الوسط لانهما قايدان لما بينا وعلى الموخر ايضا ان كان يسوق هو وان كان لا يسوق
لا شي عليه لانه لم يوجد منه صنع وان كانوا جميعا يسوقون فما تلف بذلك فضمانه عليهم
جميعا لوجود السبب منهم جميعا وذكر محمد في الكيسانيات لو ان رجلا كان يقود قطارا
واخر من خلف القطار يسوقه من جرا الابل فيزجرها بسوقه وعلى الابل قوم في المحامل
نيام فوطي بعير منها انسانا فقتله فالدية على عاقلة القايد والسايق والراكب
على البعير الذي وطي وعلى الراكبين على الذين قدام البعير الذي وطي على عواقلهم جميعا
على عدد الرووس والكفارة على راكب البعير الذي وطي خاصة اما السايق والقايد فلا
نهما مقربان القطار الى الجناية فكانا متسببين للتلف واما الراكب للبعير الذي وطي
فلا شك فيه لان التلف حصل بفعله واما الراكب امام البعير الذي وطي فلانهم قادة
لجميع ما خلفهم فكانوا قايدين للبعير الواطي ضرورة فكانوا متسببين للتلف ايضا فاشتركوا

في سبب

في سبب وجوب الضمان فانقسم الضمان عليهم وانما كانت الكفارة على راكب البعير الذي وطي
خاصة لانه قاتل بالمباشرة لحصول التلف بثقله وثقل الدابة الا ان الدابة الة له فكان
الاثر الحاصل بفعلها مضافا اليه فكان قاتلا بالمباشرة ومن كان من الركبان خلف البعير
الذي وطي لا يزجر الابل ولا يسوقها راكبا على بعير منها او بغير راكب فلا ضمان على احد منهم
لانه لم يوجد منهم سبب وجوب الضمان اذا لم يسوقوا البعير الذي وطي ولم يقودوه
فصاروا كمتاع على الابل ولو قاد قطارا وعلى بعير في وسط القطار راكبا لا يسوق
منه شيا فضمان ما كان بين يديه على القايد خاصة وضمان ما خلفه عليهما جميعا
لان الراكب غير سايق لما بين يديه كان مشيه الى جانب البعير لا يكون سوقا
اياه اذا لم يسقه ولكنه سايق لما ركبه لان البعير انما يسير بركوب الراكب وحثه
واذا كان سايقا له كان قايدا لما خلفه فكان ضمانه عليهما واذا كان الرجل يقود
قطارا فجا رجل وربط اليه بعيرا فوطي البعير انسانا فالقايد لا يخلو اما ان كان لا يعلم
بربطه واما ان علم ذلك فان لم يعلم فالدية على القايد يتحمل عنه عاقلته ثم عاقلته
يرجعون على عاقلة الرابط اما وجوب الدية على القايد فلانه قاتل تسببا وضمان
القتل ضمان اتلاف وانه لا يختلف بالعلم والجهل واما رجوع عاقلة القايد على عاقلة
الرابط فلان الرابط متعدي في الربط وهو السبب في لزوم الضمان للقايد فكان
الرجوع عليه وكذلك لو كانت الابل وقوفا لا تقاد فجا رجل فربط اليها بعيرا والقايد
لا يعلم فقاد البعير منها فوطي البعير انسانا فقتله فالدية على القايد يتحمل عنه
عاقلته الا ان هاهنا لا يرجع عاقلة القايد على عاقلة الرابط لان الرابط وان
تعدى في الربط وانه سبب لوجوب الضمان لكن القايد لما قاد البعير عن ذلك المكان
فقد ازال تعديه فيزول الضمان عنه ويتعلق بالقايد كمن وضع حجرا في الطريق فجا
انسان ودحرجه عن ذلك المكان ثم عطب به انسان فالضمان على الثاني لا على الاول
لما قلنا كذا هذا بخلاف المسالة الاولى لان هناك وجد الربط والابل سايرة فلم
يستقر فكان التعدي لم يزل بالانقياد عنه فبقي التعدي ببقاء الربط وان كان
القايد يعلم بالربط في المسالتين جميعا فقاده على ذلك فوطي البعير انسانا فقتله
فالدية على القايد يتحمل عنه عاقلته على عاقلة الرابط لانه لما قاد مع علمه بالربط فقد
رضي بما يلحقه من العهدة في ذلك وصار علمه بالربط بمنزلة امره بالربط ولو ربطه
بامره كان الامر على ما وصفنا كذا هذا ولو سقط سرج دابة فعطب به انسان فالدية
على السايق او القايد لان السقوط لا يكون الا بتقصير منه في شد الحزام فكان مسببا
في القتل متعديا في التسبيب والله اعلم ومن هذا جناية الناخس والضارب وجملة
الكلام فيه ان الدابة المنخوسة او المضروبة اما ان يكون عليها راكب واما ان لا يكون
فان كان عليها راكب فالراكب لا يخلو اما ان كان سايرا واما ان يكون واقفا والسير
والوقوف اما ان يكون في موضع اذن له بذلك واما ان يكون في موضع لم يؤذن له والناخس
والضارب لا يخلو اما ان يكون نخس او ضرب بغير امر الراكب او بامره فان فعل ذلك بغير
امر الراكب فنفحت الدابة برجلها او ذنبها او نفرت فصدمت انسانا فقتلته فان
فعلت شيا من ذلك على فور النخسة والضربة فالضمان على الناخس والضارب يتحمل عنها

عاقلتهما لا على الراكب سواء كان الراكب سايرا او واقفا وسوا كان سيره او وقوفه فيما اذن
له بالسير فيه والوقوف او فيما لم يوذن بان كان يسير في ملكه او في طريق المسلمين
او في ملك الغير او كان يقف في ملكه او في سوق الخيل ونحوه او في طريق المسلمين وانما
كان كذلك لان الموت حصل بسبب النخس او الضرب وهو متعد في السبب فيضمن
ما تولد منه كما لو دفع الدابة على غيره والراكب الواقف على طريق العامة وان
كان متعديا ايضا لكنه ليس بمتعد في التعدي والناخس متعد في التعدي وكذا
الضارب فاشبه الدافع مع الحافر وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه ضمن الناخس
دون الراكب وكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه فعل هكذا وكان ذلك منهما
بمحضر من الصحابة ولم يعرف الانكار من احد فيكون اجماعا من الصحابة رضي الله عنهم
وانما شرط الفور لوجوب الضمان على الناخس والضارب لان الهلاك عند سكونها
الفور يكون مضافا الى الدابة لا الى الناخس والضارب ولو نخسها او ضربها
وهو سائر عليها فوطئت انسانا فقتلته لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وروى ابن
سماعة عن ابي يوسف ان الضمان عليهما لان الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناخس
وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فقد اشتركا في سبب وجوب الضمان وكذلك
اذا كان واقفا عليها لما قلنا وتجب الكفارة على الراكب لوجود القتل منه مباشرة
كما قلنا في الراكب مع السائق او القائد ولو نخسها او ضربها فوثبت به والقت الراكب
فالناخس او الراكب الضارب ضامن لحصول التلف بسبب هو متعد فيه وهو
النخس والضرب فيضمن ما تولد منه فان لم يلقه ولكنها جمحت به فما اصابت في فورها
ذلك فعلى الناخس والضارب لما ذكر ان فعل كل واحد منهما وقع سببا للهلاك وهو
متعد في التسبيب فان نفحت الناخس او الضارب فقتلته فدمه هدر لانه هلك
من جناية نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر هذا اذا نخس وضرب بغير اذن
الراكب فاما اذا فعل ذلك بامر الراكب فان كان الراكب سايرا فيما اذن له بالسير
فيه بان يسير في ملك نفسه او في طريق المسلمين او واقفا فيما اذن له بالوقوف بان
وقف في ملك نفسه او في سوق الخيل وغيرها من المواضع التي اذن بالوقوف فيها فنفحت
الدابة برجلها انسانا فقتلته فلا ضمان على الناخس ولا على الضارب ولا على الراكب
لان امره عما ملكه بنفسه فصح امره به فصار كانه نخس او ضرب بنفسه فنفحت
وقد ذكرنا ان النفحة في حالة السير والوقوف في موضع اذن بالسير او الوقوف فيه
غير مضمون على احد لا على الراكب ولا على السائق ولا على القائد وان كان الراكب سايرا
فيما لم يوذن له بالسير بان كان يسير في ملك الغير او كان واقفا فيما يوذن له بالوقوف
فيه كما اذا كان واقفا في ملك غيره او في طريق المسلمين فنفحت فالدية عليهما نصفان
نصف على الناخس او الضارب ونصف على الراكب ولا كفارة عليهما كذا ذكر في ظاهر
الرواية وروى ابن سماعة عن ابي يوسف ان الضمان على الراكب ووجهه ان الناخس او الضارب
نخس او ضرب لما امر الراكب وهو يملك ذلك بنفسه انتقل فعله اليه فكانه فعله
بنفسه فكان الضمان عليه وجه ظاهر الرواية ان الناخس والضارب مع الراكب
اشتركا في سبب وجوب الضمان اما الناخس والضارب فلا يشكل لوجود سبب القتل

من كل واحد منهما على سبيل التعدي واما الراكب فلانه صار بالامر بالنخس والضرب
ناخسا وضاربا والنفحة المتولدة من نخسه وضربه في هذه المواضع مضمونة عليه
الا انه لا كفارة عليهما لحصول القتل بالتسبيب لا بالمباشرة هذا اذا نفحت فاما اذا
صدمت فان كان الراكب سايرا او واقفا في ملك نفسه فلا ضمان على الناخس والضارب
ولا على الراكب لان فعل النخس والضرب مضاف الى الراكب لحصوله بامره والصدمة
في الملك غير مضمونة على الراكب سوا كان سايرا او واقفا وان كان سيره او وقوفه في طريق
المسلمين او في ملك الغير فينبغي ان يكون على الاختلاف الذي ذكرنا في النفحة اذا كان
الراكب واقفا في موضع لم يوذن بالوقوف فيه لان الصدمة مضمونة على الراكب اذا
كان في طريق المسلمين واقفا كان او سايرا وكذا في ملك الغير فيبنى على الاختلاف
الذي ذكرنا في النفحة والله اعلم هذا اذا نفحت او صدمت فاما اذا وطئت انسانا
فقتلته فالضمان عليهما سوا كان الراكب سايرا او واقفا في اي موضع كان فيما اذن فيه
او لم يوذن لانهما اشتركا في سبب القتل لحصول الموت بثقل الراكب والدابة
وفعل الناخس والضارب وتجب الكفارة على الراكب لانه قاتل مباشرة فصار الراكب
مع الناخس كالراكب مع السائق او القائد ان الدية عليهما نصفان والكفارة على الراكب
خاصة كذا ها هنا هذا الذي ذكرنا اذا كان على الدابة المنخوسة او المضروبة راكب
فاما اذا لم يكن عليها راكب فان لم يكن لها سائق ولا قائد فنخسها انسان او ضربها
فاصابت شيا على فور النخسة والضربة فضمانه على الناخس والضارب في اي موضع
كانت الدابة لانه سبب الاتلاف بالنخس والضرب وهو متعد في التسبيب فما
تولدت منه يكون مضمونا عليه وان كان عليها سائق او قائد فنخس او ضرب بغير
امره فنفحت او نفرت فصدمت او وطئت انسانا فقتلته فالضمان على الناخس والضارب
لا على السائق والقائد في اي موضع كان الناخس والقائد لان الناخس مع السائق
والقائد كالدافع مع الحافر لانه بالنخس او الضرب كانه دفع الدابة على غيره
وكذلك ان كان لها سائق وقائد يقود احدهما ويسوق الاخر فنخس او ضرب بغير
اذن واحد منهما فالضمان على الناخس والضارب لا عليهما في اي موضع كان الناخس
والقائد لما ذكرنا ان الناخس متعد كالدافع للدابة وكذا الضارب ولا تعدي من السائق
والقائد وان كان كل واحد منهما امره بذلك فنفحت فان كان سوقه او قوده فيما اذن
له بالسوق والقود فيه فلا ضمان على الناخس والضارب وان فعل ذلك من
السائق او القائد فان كان يسوق او يقود فيما اذن له بالسوق والقود فيه بان
كان في ملكه او في طريق المسلمين لا ضمان على احد لان فعله مضاف اليه كالسائق
او القائد فكانه فعل بنفسه فنفحت والنفحة في الملك وفي طريق المسلمين غير مضمونة
على السائق او القائد وان كان يسوق او يقود فيما اذن له بذلك بان كان في ملك
الغير فعلى قياس ما ذكرنا في ظاهر الرواية الضمان على الناخس والضارب مع السائق
او القائد ولا كفارة عليهما وعلى قياس ما ذكره ابن رستم عن ابي يوسف الضمان على السائق
او القائد خاصة وان صدمت فقتلت انسانا فان كان السائق او القائد يسوق
في ملك نفسه فلا ضمان على احد لان فعل الناخس او الضارب بامر السائق او القائد

مضاف اليه والصدمة في الملك غير مضمونة على السايق والقايد والراكب وان كان
يسوق او يقود في طريق المسلمين او في ملك الغير فهو على الاختلاف وان وطيت انسانا
فقتلته فهو على الاختلاف ايضا سوا كان سوقه او قوده فيما اذن له بالسوق او القود
فيه او لم يكن لان الوطية مضمونة على كل حال والله اعلم وان وطيت تجب القيمة بلا
خلاف لكن في قياس ظاهر الرواية على الناخس او الضارب وعلى السايق والقايد
نصفان وعلى قياس رواية بن سماعة عن ابي يوسف على السايق والقايد خاصة والله
اعلم ومن هذا القبيل جناية الحايط المايل اذا سقط على رجل فقتله او على متاع فافسده
او على دار فهدمها او على حيوان فعطب به وجملة الكلام فيه ان الحايط لا يخلوا اما
ان بني مستويا مستقيما ثم مال واما ان بني مايلا في الاصل فان بني مستقيما ثم مال فلا يخلوا لانه
لا يخلوا اما ان يكون الى الطريق واما ان يكون الى ملك انسان فان كان الى الطريق فالطريق
لا يخلوا من ان يكون نافذا وهو طريق العامة او غير نافذ وهو السكة التي ليست بنافذة
فان كان نافذا فسقط فعطب شي مما ذكرنا يجب الضمان على صاحب الحايط اذا وجد
شرايط وجوبه فيقع الكلام في سبب وجوب الضمان وفي بيان شرايط الوجوب
وفي بيان ما يسه الضمان الواجب وكيفيته اما الاول فسبب وجوب الضمان هو
التعدي في التسبيب الى الاتلاف بترك النقض المستحق مع القدرة على النقض
لانه اذا مال الى طريق العامة فقد حصل الهوا في يد صاحب الحايط من غير فعله
وهوا الطريق حق العامة كنفس الطريق فقد حصل حق الغير في يده بغير صنعه
فاذا طولب بالنقض فقد لزمه ازالة يده عنه بهدم الحايط فاذا لم يفعل مع الامكان
فقد صار متعديا باستيفا يده عليه كثوب هبت به الريح فالقته في دار انسان
فطولب به فامتنع من الرد مع امكان الرد حتى هلك يضمن لما قلنا كذا هذا وقد روي
عن جماعة من التابعين مثل الشعبي وشريح وابراهيم وغيرهم انهم قالوا اذا تقدم
اليه في الحايط فلم يهدمه وجب عليه الضمان **فصل** واما شرايط
الوجوب فمنها المطالبة بالنقض حتى لو سقط قبل المطالبة فعطب شي لا ضمان
على صاحب الحايط لان الضمان يجب بترك النقض المستحق لانه به يصير متعديا
في التسبيب الى الاتلاف ولا يثبت الاستحقاق بدون المطالبة وصورة المطالبة
هي ان يتقدم اليه واحد من عرض الناس فيقول له ان حايطك هذا مايل او مخوف
فارفعه فاذا قال ذلك لزمه رفعه لان هذا حق العامة فاذا قام به البعض
صار خصما عن الباقين سوا كان الذي تقدم اليه مسلما او ذميا حرا او عبدا بعد
ان كان اذن له مولاه بالخصومة فيه بالغا او صبيا بعد ان كان عاقلا وقد اذن له
وليه بالخصومة فيه لان الطريق حق جميع اهل الدار فكان لكل واحد
من اهل الدار حق المطالبة بازالة سبب الضرر عنه الا انه لا بد من عقل الطالب
وكونه ماذونا بالتصرف لان كلام المجنون والمحجور عليه غير معتبر في الشرع فكان
ملحقا بالعدم وينبغي ان يشهد على الطلب وتفسير الاشهاد ما ذكره رحمه الله
وهو ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا والاشهاد
للتحرز عن الجحود والانكار لجواز ان ينكر صاحب الحايط المطالبة بالنقض فتقع الحاجة

الى الشهادة لاثبات الطلب عند القاضي لا لصحة الطلب فان الطلب يصح بدون الاشهاد
حتى لو اعترف صاحب الدار بالطلب يجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وكذا اذا
انكر يجب عليه الضمان فيما بينه وبين الله تعالى ونظيره ما قلنا في الشفعة ان الشرط
فيها الطلب لا الاشهاد وانما الاشهاد للحاجة الى اثبات الطلب على تقدير الانكار
حتى لو اقر المشتري بالطلب يثبت حق الشفعة وان لم يشهد على الطلب وكذا لو وجد
الطلب يثبت الحق له فيما بينه وبين الله تعالى ولهذا الاشهاد في باب اللقطة على
اصل ابي حنيفة رحمه الله من هذا القبيل وقد ذكرنا ذلك في كتاب اللقطة ولو طولب
صاحب الحايط بالنقض فلم ينقض حتى سقط الى الطريق فعثر بنقضه انسان
فعطب به فان كان قد طولب برفع النقض يضمن لانه اذا طولب بالرفع لزمه الرفع
فاذا لم يرفع صار متعديا فيضمن ما تولد منه وان كان لم يطالب برفعه لا ضمان
عليه عند ابي يوسف وعند محمد يضمن وجه قول محمد انه طولب بالنقض فلم ينقض
حتى سقط صار متعديا بترك النقض فحصل التلف بسبب هو متعد فيه فيضمن ولهذا
ضمن اذا وقع على انسان كذا اذا عطب بنقضه انسان وجه قول ابي يوسف ان الحايط
قد زال عن الموضع الذي طولب فيه لانتقاله عن محل الجناية وهو الهوا الى محل اخر
بغير صنع صاحبه فلا بد من مطالبة اخرى كمن وضع حجرا في الطريق فدحرجته الريح
الى موضع اخر فعطب به انسان لا ضمان على الواضع كذا هنا بخلاف ما اذا سقط
على انسان لانه ما زال عن محل المطالبة وهو الهوا الذي هو محل الجناية فلا
يحتاج الى مطالبة اخرى وان كان الطريق غير نافذ فالخصومة الى واحد من اهل
تلك السكة لان الطريق حقهم لان فكان لكل واحد منهم ولاية التقدم الى صاحب
الحايط وان كان ميلان الحايط الى ملك رجل فالمطالبة بالنقض والاشهاد الى صاحب
الملك لان هوا ملكه حقه وقد شغل الحايط حق صاحب الملك فكانت المطالبة
بالتفريغ اليه فان كان في الدار ساكن كالمستعير والمستاجر فالمطالبة والاشهاد
الى السكان فيشترط طلب الساكن او المالك لان الساكن له حق المطالبة بازالة
ما شغل الدار فكان له ولاية المطالبة بازالة ما يشغل الهوا ايضا ولو طولب
صاحب الحايط بالنقض فاستاجل الذي طالبه او استاجل القاضي فاجله فان
كان ميلان الحايط الى الطريق فالتاجيل باطل وان كان ميلانه الى دار رجل
فاجله صاحب الدار او ابراه منه او فعل ذلك ساكن الدار فذلك جايز ولا ضمان
عليه فيما تلف بالحايط ووجه الفرق بينهما ان الحق في الطريق لجماعة المسلمين
فاذا طالب واحد منهم بالنقض فقد تعلق الضمان بالحايط الجماعة فكان التاجيل
والابرا اسقاطا لحق الجماعة فلا يملك ذلك بخلاف ما اذا كان الميلان الى دار انسان
لان هناك الحق لصاحب الدار خاصة وكذلك الساكن فكان التاجيل والابرا منه
اسقاطا لحق نفسه فيملكه وكذلك لو وضع رجل في دار غيره حجرا او حفر فيها بيرا
او بنى فيها بناء فابراه صاحب الدار منه كان بريا ولا يلزمه ما عطب بشي من ذلك سوا
عطب به صاحب الدار او داخل دخل لان الحق له فيملك اسقاطه كانه فعل ذلك
باذنه ومنها ان يكون المطالب بالنقض ممن يلي النقض لان المطالبة بالنقض ممن لا

النقض سنه فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة فلا يصح مطالبة المستودع والمستعير
والمستاجر والمرتهن لانه ليس لهم ولاية النقض ويصح مطالبة الراهن لان له ولاية
النقض لقيام الملك فيستفك ويقضي الدين فيصير متعديا بترك النقض ويصح مطالبة
الاب والوصي في هدم حايط الصغير لثبوت ولاية النقض لهما فان لم ينقضا حتى سقط
يجب الضمان على الصبي لان التلف بترك النقض المستحق على الولي والوصي مضاف الى
الصبي لقيامهما مقام الصبي والصبي مواخذ بافعاله فيضمن ويتحمل عنه عاقلته فيما
يتحمل العاقلة ويكون في ماله فيما لا يتحمل العاقلة كالبالغ سواء وعلى هذا يخرج ما
اذا كان الحايط المايل لجماعة فطولب بعضهم بالنقض فلم ينقض حتى سقط فعطب
به شي ان القياس ان لا يضمن احد منهم شيا وفي الاستحسان يضمن الذي طولب
وجه القياس انه لم يوجد من واحد منهم ترك النقض المستحق اما الذين لم يطالبوا
بالنقض فظاهر واما الذي طولب به فلان احد الشركا لا يملك النقض بدون الباقين
وجه الاستحسان ان المطالب بالنقض ترك النقض مع القدرة عليه لانه يمكنه
ان يخاصم الشركا ويطالبهم بالنقض ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا يمكنه ان يرفع
الامر الى القاضي حتى يامره القاضي بالنقض لان فيه حقا لجماعة المسلمين والامام
يتولى ذلك ليصير قايما مقام الحاضر بنقض نصيبه ونصيب الغايبين فاذا لم يفعل فقد
صار متعديا بترك النقض المستحق فيضمن ما تولد منه لكن بقدر حصته من
الحايط في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول ابي يوسف ومحمد عليه ضمان النصف
وجه قولهما ان انصبا الشركا الاخرين لم يجب بها ضمان فكانت كنصيب واحد
كمن جرحه رجل وعقره سبع ونهشته حية فمات من ذلك كله ان على الجارح النصف
لان عقر السبع ونهش الحية لم يجب بهما ضمان فكانا كالشي الواحد كذا هذا
ولابي حنيفة رحمه الله ان التلف حصل بثقل الحايط وليس ذلك معنى مختلفا في
نفسه فيضمن بمقدار نصيبه والله اعلم ومنها قيام ولاية النقض وقت السقوط
ولا يكتفي بثبوتها وقت المطالبة لانه انما يصير متعديا بترك النقض عند السقوط
كانه اسقطه فاذا لم يبق له ولاية النقض عند السقوط لم يصر متعديا بترك
النقض عند السقوط كانه اسقط فاذا لم يبق له ولاية النقض عند السقوط
فلا يجب الضمان عليه وعلى هذا يخرج ما اذا طولب بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار التي
فيها الحايط من انسان وقبضه المشتري او لم يقبضه ثم سقط على شي فعطب به لا ضمان
على البايع لانعدام ولاية النقض وقت السقوط لخروج الحايط عن ملكه ولا على المشتري
ايضا لانعدام المطالبة في حقه فرق بين هذا وبينما اذا اشرع جناحا الى الطريق ثم باع
الدار مع الجناح ثم وقع على انسان انه يضمن البايع ووجه الفرق ان وجوب الضمان
هناك على البايع قبل البيع لكونه متعديا باشراع الجناح والاشراع على حاله لم يتغير
فلا يتغير ما تعلق به من الضمان ووجوب الضمان لكونه متعديا بترك النقض المستحق
وذلك عند سقوط الحايط وقد بطل الاستحقاق بالبيع فلم يوجد التعدي عند
السقوط بترك النقض فلا يجب الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا طولب الاب بنقض
حايط الصغير فلم ينقض حتى مات الاب او بلغ الصبي ثم سقط الحايط انه لا ضما

ضمان

عليه لان قيام الولاية وقت السقوط وقد بطلت بالموت والبلوغ ومنها امكان النقض
بعد المطالبة وهو ان يكون سقوط الحايط بعد المطالبة بالنقض في مدة يمكن نقضه
فيها لان الضمان يجب بترك النقض الواجب وهو ان يكون سقوطه بعد وجوب بدون
الامكان حتى لو طولب بالنقض فلم يفرط في نقضه ولكنه ذهب يطلب من ينقضه فسقط
الحايط فتلف به شي لا ضمان عليه لانه اذا لم يتمكن من النقض لم يكن بترك النقض
متعديا بحق الغير حاصلا في يده بغير صنعه فلا يكون مضمونا عليه **فصل**
واما بيان ماهية الضمان الواجب بهذه الجناية وكيفيته فالواجب بهذه الجناية
ما هو الواجب بجنسها من جناية الحافر ومن في معناه وجناية السايق والقايد
والناخس وهو ما ذكرنا ان الجناية ان كانت على بني ادم وكانت نفسا فالواجب
بها الدية وان كانت ما دون النفس فالواجب بها الارش واذا بلغ الواجب
بها نصف عشر دية الذكر وهو عشر دية الانثى فما فوقه يتحمله العاقلة ولا يتحمل
ما دون ذلك ولا ما يجب بالجناية على غير بني ادم بل يكون في ماله لما بينا فيما تقدم
الا ان ظهور الملك لصاحب الحايط في الدار عند الانكار بحجة مطلقة وهي البينة
شرط تحمل العاقلة حتى لو انكرت العاقلة كون الدار ملكا لصاحب الدار لا يعقل
عليهم حتى يقيم صاحب الدار البينة على الملك كذا ذكر محمد رحمه الله فقال لا يضمن
العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلثة اشيا على التقدم اليه وعلى انه مات من سقوط
الحايط وعلى ان الدار له يريد به عند الانكار اما الشهادة على الملك فلان الملك وان
كان ثابتا له بظاهر اليد لكن الظاهر لا يستحق به حق على غيره اذ هو حجة للدافع
لا حجة الاستحقاق كحيوة المفقود وغير ذلك فلا بد من الاثبات بالبينة وعند
زفر يتحمل العاقلة بظاهر اليد وهو الاختلاف الذي ذكرنا في الشفعة واما
الشهادة على المطالبة فلان المطالبة شرط وجوب الضمان لما ذكرنا فيما تقدم
فلا بد من اثباتها بالبينة عند الانكار واما الشهادة على الموت من سقوط الحايط
فلانه لا بد ان يظهر سبب وجوب الضمان وهو التعدي لانه ما لم يعلم انه مات من
السقوط لا يعلم كون صاحب الحايط متعديا عليه والله اعلم **فصل** هذا
الذي ذكرنا حكم قتل نفس علم قاتلها واما حكم نفس لم يعلم قاتلها فوجوب القسامة
والدية عند عامة العلما وعند مالك وجوب القسامة والقصاص والكلام في القسامة
يقع في مواضع في تفسير القسامة وبيان محلها وفي بيان شرايط وجوب القسامة
والدية وفي بيان سبب وجوب القسامة والدية وفي بيان من يدخل في القسامة
والدية وفي بيان ما يكون ابرا عن القسامة والدية اما تفسير القسامة وبيان
محلها فالقسامة في اللغة تستعمل بمعنى الوسامة وهي الحسن والجمال يقال فلان قسيم
اي حسن جميل وفي صفات النبي صلى الله عليه وسلم قسيم وتستعمل بمعنى القسم وهو اليمين
الا ان في عرف الشرع تستعمل في اليمين بالله تعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص وعلى
شخص مخصوص وهو المدعى عليه على وجه مخصوص وهو ان يقول خمسون من اهل المحلة
اذا وجد قتيل فيها بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا واذا حلفوا يغرمون الدية
وهذا عند اصحابنا وقال مالك اذا كان هناك لوث يستحلف الاوليا خمسين يمينا فاذا

حلفوا يقتص من المدعا عليه وتفسير اللوث عنده ان يكون هناك علامة القتل في واحد
بعينه او يكون هناك عداوة ظاهرة وقال الشافعي ان كان هناك لوث اي عداوة
ظاهرة وكان بين دخوله المحلة وبين وجوده قتيلا مدة يسيرة يقال للولي عين
القاتل فان عين القاتل يقال للولي احلف خمسين يمينا فان حلف فله قولان
في قول يقتل القاتل الذي عينه كما قال مالك وفي قول يغرمه الدية فان عدم
احد هذين الشرطين اللذين ذكرنا هما يحلف اهل المحلة واذا حلفوا لا شي
عليهم كما في ساير الدعاوي احتجا لوجوب القسامة على المدعي بحديث سهل بن ابي
حثمة انه قال وجد عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر فجا اخوه عبد الرحمن
بن سهل وعماه حويصة ومحيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد
الرحمن يتكلم عند النبي عليه السلام فقال صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم احد
عميه اما حويصة واما محيصة الكبير منهما فقال يا رسول الله انا وجدنا عبد الله
قتيلا في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة اليهود لهم فقال عليه السلام تحلف
لكم اليهود خمسين يمينا انهم لم يقتلوه فقالوا كيف نرضى بايمانهم وهم مشركون
فقال عليه السلام فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه فقالوا كيف نقسم على ما لم نره
فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده ووجه الاستدلال بالحديث ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم اليمين على اوليا القتيل فدل ان اليمين على المدعي ولنا
ما روي عن زياد بن ابي مريم انه قال جا رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول
الله اني وجدت اخي قتيلا في بني فلان فقال عليه السلام اجمع منهم خمسين فيحلفون
بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا فقال يا رسول الله ليس لي من اخي الا هذا فقال
بل لك مائة من الابل فدل الحديث على وجوب القسامة على المدعا عليهم وهم اهل
المحلة لا على المدعي وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة وروي عن عبد الله بن عباس
رضي الله عنهما انه قال وجد قتيل بخيبر فقال عليه السلام اخرجوا من هذا الدم
فقالت اليهود قد كان وجد في بني اسرائيل على عهد موسى عليه السلام فقضى في
ذلك فان كنت نبيا فاقض فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم تحلفون خمسين يمينا
ثم يغرمون الدية فقالوا قضيت بالناموس اي بالوحي وهذا نص في الباب وبه يبطل
قول مالك بايجاب القصاص به لان رسول الله صلى الله عليه وسلم غرمهم الدية لا القصاص
ولو كان الواجب هو القصاص لغرمهم القصاص لا الدية وروي ان عمر رضي الله عنه
حكم في قتيل وجد بين قريتين فطرحه على اقربهما والزم اهل القرية القسامة والدية
وكذا روي عن علي رضي الله عنه ولم ينقل الانكار عليهما من احد من الصحابة فيكون
اجماعا واما حديث سهل ففيه ما يدل على عدم الثبوت ولهذا ظهر النكير فيه من السلف
فان فيه ان رسول الله صلى الله عليه دعاهم الى ايمان اليهود فقالوا كيف نرضى بايمانهم
وهم مشركون وهذا يجري مجرى الرد لما دعاهم اليه سيما ان رضى المدعي لا مدخل له
في يمين المدعا عليه وفيه ايضا انه لما قال لهم يحلف منكم خمسون انهم قتلوه قالوا كيف
نحلف على ما لم نشهد وهذا ايضا يجري مجرى الرد لقوله ثم انهم انكروا ذلك لعدم
علمهم بالمحلوف عليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعلم كان يعلم انهم لا علم لهم بذلك

فكيف

فكيف استحضار عرض اليمين عليهم ولين ثبت فهو مأول وتاويله انهم لما قالوا لا نرضى بايمان
اليهود قال لهم يحلف منكم خمسون على الاستفهام اي يحلف اذ الاستفهام قد يكون بحذف
حرف الاستفهام كما قال تعالى تريدون عرض الدنيا اي تريدون منكم كما روي في بعض
الفاظ حديث سهل اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم على سبيل الرد والانكار عليهم
كما قال الله تعالى افحكم الجاهلية يبغون حملناه على هذا توفيقا بين الدلايل والحديث
المشهور دليل على ما قلنا وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعا
عليه جعل جنس اليمين على المدعا عليه فينبغي ان يكون شي من الايمان على المدعي فان قيل
قد روي النبي صلى الله عليه وسلم انه قال البينة على المدعي واليمين على المدعا عليه الا في
القسامة استثنا القسامة فينبغي ان لا يكون اليمين على المدعا عليه في القسامة لان حكم
المستثنى يخالف حكم المستثنى منه فالجواب ان الاستفهام لو ثبت فله تاويلان احدهما
اليمين على المدعا عليه بعينه الا في القسامة فانه يحلف من لم يدع عليه القتل بعينه
الثاني اليمين كل الواجب على المدعا عليه الا في القسامة فانه يجب معها الدية والله اعلم
وانما جمعنا في القسامة بين اليمين الثبات والعلم الى اخره لان احدى اليمينين كانت
على فعلهم فكانت على الثبات والاخرى على فعل غيرهم فكانت على العلم فان قيل فايدة
في الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم
يسقطون به الضمان عن انفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن انفسهم وقد قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للمتهم وقال عليه السلام لا شهادة لجار المغنم
ولا لدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت
لما روينا من الاخبار فاتبعنا السنة من غير ان يعقل فيه المعنى ثم فيه فايدة من
وجهين احدهما ان من الجايز ان يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل
فيقبل اقراره لان المولى على عبده بالقتل الخطا صحيح فيقال له ادفعه او افده
وتسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجاز ان يقر على عبد غيره
فصدقه مولاه فيومر بالدفع او الفدا وسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز
ان يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم ابقي هذا الحكم وان لم يكن الواحد
من الحالف عبد كالرمل في الطواف ان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمل في الطواف
اظهارا للجلادة والقوة مراآة للكفرة ويقول رحم الله امروا اظهر اليوم الجلادة
من نفسه ثم زال ذلك اليوم وبقي الرمل سنة في الطواف حتى روي ان عمر رضي الله
عنه كان يرمل في الطواف ويقول ما هزني ومع احدا اراه لكني رايت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك كذا هذا والثاني انه لا يمتنع ان يكون واحد منهم
امر صبيا او مجنونا او عبدا محجورا عليه بالقتل ولو اقر به يلزمه في ماله يحلف
بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبي الذي امره بقتله كان
حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم من غيره فكان مفيدا **فصل** واما شرايط وجوب
القسامة والدية فانواع منها ان يكون الموجود قتيلا وهو ان يكون به اثر القتل
من جراحة او اثر ضرب او خنق فان لم يكن شي من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية لانه اذا
لم يكن به اثر القتل فالظاهر انه مات حتف انفه فلا يجب فيه شي او احتمل انه مات حتف

انفه واحتمل انه قتيل احتمالا على السوا فلا يجب شي بالشك والاحتمال ولهذا لو وجد في
المعركة ولم يكن به اثر القتل لم يكن شهيدا حتى يغسل وعلى هذا قالوا اذا وجد والدم
يخرج من فمه او من انفه او دبره او ذكره لا شي فيه لان الدم يخرج من هذه المواضع عادة
بدون الضرب بسبب القي والرعاف وعارض اخر فلا يعرف كونه قتيلا وان كان
يخرج من عينه او اذنه ففيه القسامة والدية لان الدم لا يخرج من هذه المواضع
عادة فكان الخروج مضافا الى ضرب حادث فكان قتيلا ولهذا لو وجد هكذا في المعركة
كان شهيدا وفي الاول لا يكون شهيدا ولو مر في محلة فاصابه سيف او حجر فجرحه ولا
يدرى من اي موضع اصابه فحمل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان لم يزل صاحب
فراش حتى مات فعلى عاقلة القبيلة القسامة والدية وان لم يكن صاحب فراش
فلا قسامة فيه ولا دية وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة فيه
ولا ضمان في الوجهين جميعا وهو قول ابن ابي ليلى وجه قول ابي يوسف ان المجروح اذا لم
يمت في المحلة كان الحاصل في المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيما دون النفس كما لو وجد
مقطوع اليد في المحلة ولهذا لو لم يكن صاحب فراش لا شي فيه كذا هذا وجه قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله انه اذا لم يبرا عن الجراحة وكان لم يزل صاحب فراش حتى مات علم انه مات من
الجراحة وكان لم يزل صاحب فراش كذلك فعلم ان الجراحة حصلت قتلا من حين
وجودها فكان قتيلا في ذلك الوقت كانه مات في المحلة بخلاف ما اذا لم يكن صاحب
فراش لانه اذا لم يصر صاحب فراش لم يعلم ان الموت حصل من الجراحة فلم يوجد
قتيلا في المحلة فلا يثبت حكمه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد من القتيل اكثر بدنه ان فيه
القسامة والدية لانه يسمى قتيلا لان للاكثر حكم الكل ولو وجد عضو من اعضايه كاليد
او الرجل او وجد اقل من نصف البدن فلا قسامة فيه ولا دية لان الاقل من النصف
لا يسمى قتيلا ولانا لو اوجبنا في هذا القدر القسامة لاوجبنا في الباقي قسامة اخرى
فيودي الى اجتماع قسامتين في نفس واحدة وهذا لا يجوز وان وجد النصف فان
كان النصف الذي فيه الراس ففيه القسامة والدية وان كان النصف الاخر فلا قسامة
فيه ولا دية لان الراس اذا كان معه سمي قتيلا واذا لم يكن لا يسمى قتيلا لان الراس
اصل ولانا لو اوجبنا في النصف الذي لا راس معه للزمنا الايجاب في النصف الذي
معه الراس فيودي الى ما قلنا وان وجد الراس وحده فلا قسامة ولا دية لان الراس
وحده لا يسمى قتيلا وان وجد النصف مشقوقا فلا شي فيه لان النصف المشقوق
لا يسمى قتيلا ولان في اعتباره ايجاب القسامتين على ما بينا ونظير هذا ما قالوا في
صلاة الجنازة اذا وجد اكثر البدن او اقله او نصفه على التفصيل الذي ذكرنا
والله اعلم ومنها ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص ان
كان قتلا يوجب القصاص وتجب الدية ان كان قتلا يوجب الدية وقد ذكرنا جميع
ذلك فيما تقدم ومنها ان يكون القتيل من بني ادم فلا قسامة في بهيمة وجدت
في محلة قوم ولا غرم فيها لان لزوم القسامة في نفسها امر ثبت بخلاف القياس لان
تكرار اليمين غير مشروع واعتبار عدد الخمسين غير معقول ولهذا لم يعتبر في ساير الدعاوى
الا انا عرفنا ذلك بالنصوص والاجماع في بني ادم خاصة فبقي الامر فيما وراهم على الاصل

وهذا

ولهذا لم يجب القسامة والغرامة في ساير الاموال كذا في البهايم ويجب في العبد القسامة
والقيمة اذا وجد قتيلا في غير ملك صاحبه لانه ادمي من كل وجه ولهذا يجب فيه القصاص
في العمد والكفارة في الخطا ويغرم العاقلة قيمته في الخطا وهذا على اصل ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله فاما في اصل ابي يوسف فلا قسامة فيه ولا دية لان العبد عنده مضمون
بالخطا من حيث انه مال لا من حيث انه ادمي ولهذا قال تجب قيمته في القتل الخطا بالغة
ما بلغت ولا يتحمله العاقلة فكان بمنزلة البهيمة وكذا الجواب في المدبر وام الولد
والمكاتب والماذون لما قلنا وسوا كان القتيل مسلما او ذميا عاقلا او مجنونا بالغا
او صبيا ذكرا او انثى لان النبي صلى الله عليه وسلم اطلق القضية بالقسامة والدية
في مطلق قتيل اخبر به في بعض الاحاديث ولم يستفسر ولو كان الحكم يختلف لاستفسر
ولان دم هؤلا مضمون بالقصاص والدية في العمد والخطا فيكون مضمونا بالقسامة
والدية وسوا وجد المسلم قتيلا في محلة المسلمين او في محلة اهل الذمة لان عبد الله
بن سهل الانصاري رضي الله عنه وجد قتيلا في قليب من قلب خيبر واوجب رسول
الله صلى الله عليه وسلم القسامة على اليهود وكذا الذمي لان لهم ما للمسلمين وعليهم
ما عليهم الا ما خص بدليل ومنها الدعوى من اوليا القتيل لان القسامة يمين واليمين
لا تجب بدون الدعوى كما في ساير الدعاوى ومنها انكار المدعا عليه لان اليمين وظيفة
المنكر قال النبي صلى الله عليه وسلم اليمين على من انكر فينفي وجوبها على غير المنكر ومنها
المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعي وحق الانسان يوفى عند طلبه كما في
ساير الايمان ولهذا كان الاختيار في خال القسامة الى اوليا القتيل لان الايمان
حقهم فلهم ان يختاروا من يتهمونه او يستحلفون صالحي العشيرة الذين يعلمون انهم
لا يحلفون كذبا ولو طولب من عليه القسامة بها فنكل عن اليمين حبس حتى يحلف
او يقر لان اليمين في باب القسامة حق مقصود بنفسه لا انه وسيلة الى المقصود
وهو الدية بدليل انه يجمع بينه وبين الدية ولهذا قال الحارث بن الازمع
لعمر رضي الله عنه انبذل ايماننا واموالنا فقال نعم وروي ان الحارث قال اما تجزى
هذه عن هذه فقال لا وروي انه قال لهم بم يطل دم صاحبكم واذا كانت مقصودة
بنفسها فمن امتنع عن ادا حق مقصود بنفسه وهو قادر على الادا يجبر عليه
بالحبس كمن امتنع عن قضا دين عليه مع القدرة على القضا بخلاف اليمين في ساير الحقوق
فانها ليست مقصودة بنفسها بل هي وسيلة الى المقصود وهو المال المدعا الا ترى انه
لا يجمع بينهما بل اذا حلف المدعا عليه او لا ترى انه اذا لم يحلف المدعا عليه ولم يقر وبذل
المال لا يلزمه شي وها هنا لو لم يحلفوا ولم يقروا وبذلوا الدية لا تسقط الدية
عنهم القسامة فدل انها مقصودة بنفسها فيجبرون عليها بالحبس وروي عن ابي يوسف
انهم لا يحبسون والدية على العاقلة ذكره القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وذكر
فيه ايضا ان الامام اذا ايس عن الحلف وسال الاوليا ان يغرمهم الدية قضى عليهم
بالدية ومنها ان يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكا لاحد او في يد احد فان لم
يكن ملكا لاحد ولا في يد احد اصلا فلا قسامة فيه ولا دية وان كان في يد احد لكن بيد العموم
لا بيد الخصوص وهو ان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين لا لواحد منهم ولا لجماعة

يحصون لا يجب القسامة ويجب الدية وانما كان كذلك لان القسامة والدية انما تجب
بترك الحفظ اللازم على ما ذكرنا فاذا لم يكن ملكا لاحد ولا في يد احد اصلا لا يلزم احد
حفظه فلا يجب القسامة والدية واذا كان في يد العامة يحفظه على العامة لكن
لا سبيل الى ايجاب القسامة على الكل لتعذر الاستيفا من الكل وامكن ايجاب الدية على
الكل لامكان الاستيفا منهم بالاخذ من بيت المال لان مال بيت المال مالهم فكان الاخذ
من بيت المال استيفا منهم وعلى هذا يخرج ما اذا وجد القتيل في فلاة من الارض ليس
بملك لاحد انه لا قسامة فيه ولا دية اذا كان بحيث لا يسمع الصوت من الامصار
ولا من قرية من القرى فان كان بحيث يسمع الصوت تجب القسامة على اقرب المواضع
اليه فان كان اقرب الى القرى فعلى اقرب القرى وان كان اقرب الى المصر فعلى اقرب محال
المصر اليه لانه اذا كان بحيث لا يسمع الصوت والغوث لا يلحق ذلك الموضع
فلم يكن الموضع في يد احد فلم يوجد القتيل في ملك احد ولا يد احد اصلا فلا يجب
فيه القسامة والدية واذا كان بحيث يسمع الصوت فالغوث يلحق فكان من توابع
اقرب المواضع اليه وقد ورد باعتبار القرب حديث عن رسول الله عليه السلام
وقضى به ايضا عمر على ما نذكر ولو وجد في نهر عظيم كدجلة والفرات والجيحون
ونحوها فان كان النهر يجري به فلا قسامة ولا دية لان النهر العظيم ليس ملكا
لاحد ولا في يد احد وقال زفر يجب على اقرب القرى من ذلك الموضع كما اذا وجد
على الدابة وهي تسير وليست في يد احد وهذا القياس ليس بسديد لان الموضع
الذي تسير فيه الدابة تابع لاقرب المواضع اليه فكان في يد اهله بخلاف النهر
الكبير فانه لا يدخل تحت يد احد لا بالاصالة ولا بالتبعية وان كان النهر لا يجري
به ولكنه كان محتبسا في الشط او مربوطا على الشط او ملقى على الشط فان كان
الشط ملكا فحكمه حكم الارض المملوكة او الدار المملوكة اذا وجد فيها قتيل وسنذكره
ان شاء الله تعالى وان لم يكن ملكا لاحد فعلى اقرب المواضع اليه من الامصار
والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لانهم يستقون منه الماء ويو
ردون دوابهم فكان لهم تصرف في الشط فكان الشط في ايديهم وكذلك لو كان
محتبسا في الجزيرة فعلى اقرب المواضع الى الجزيرة من الامصار والقرى من حيث
يسمع الصوت القسامة والدية لان الجزيرة تكون في تصرفهم فكانت في ايديهم
وان وجد في نهر صغير مما يقضى فيه بالشفعة للشركاء في الشرب ففيه القسامة
والدية على اهل النهر لان النهر مملوك لهم وسواء كان القتيل محتبسا او مربوطا على
الشط او كان النهر يجري به بخلاف النهر الكبير لانه اذا كان ملكا لاربابه كان الموضع
الذي يجري فيه مملوكا لهم وليس كذلك النهر الكبير ولا قسامة في قتيل يوجد
في مسجد الجامع ولا في شوارع العامة ولا في جسور العامة لانه لم يوجد الملك
ولا يد الخصوص ويجب الدية على بيت المال لان تدبير هذه المواضع ومصالحها الى
العامة فكان حفظها عليهم فاذا قصروا ضمنوا وبيت المال مالهم فيؤخذ من بيت
المال وكذلك لا قسامة في قتيل يوجد في سوق العامة وهي السوق التي ليست
مملوكة وهي سوق السلطان لانها اذا لم يكن مملوكة وليست لاحد عليها يد الخصوص

كانت كالشوارع العامة لان سوق السلطان لعامة المسلمين فلا يجب القسامة ويجب الدية
لان حفظها والتدبير فيها الى جماعة المسلمين فيضمنون بالتقصير وبيت المال مال
عامة المسلمين فيؤخذ منه وكذا اذا وجد في مسجد جماعتهم لا قسامة والدية
على بيت المال لانه لا ملك لاحد فيه ولا يد الخصوص ويد العموم توجب الدية
لا القسامة لما بينا فان كان السوق ملكا يجب القسامة والدية لكن على من يجب
فيه اختلاف نذكره في موضعه ولا قسامة في قتيل يوجد في السجن لانعدام
الملك ويد الخصوص لانه لا تصرف لاهل السجن في السجن لكونهم مقهورين فيه
ويجب الدية على بيت المال لان يد العموم ثابتة عليه لان منفعة السجن لعامة المسلمين
لانه بني لاستيفا حقوقهم ودفع الضرر عنهم ويد العموم توجب الدية لا القسامة
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجب القسامة والدية على السجن
لان لهم ضرب تصرف في السجن فكان لهم يد على السجن فعليهم حفظه ومنها ان
لا يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية في قن
او مدبر او ام ولد او مكاتب او ماذون وجد قتيلا في دار مولاه لانه ملكه ووجوده
في داره قتيلا كمباشرة القتل منه وقتل المملوك لا يتعلق به ضمان الا ان في المكاتب
يجب على المولى قيمته لانه فيما يرجع الى كسبه وارثه جنايته حر فكان كسبه
وارثه له والمولى فيه كالاجنبي ولا تعقله العاقلة لانه اذا صار مضمونا بعقد
الكتابة والعقد ثبت في حق المولى والمكاتب لا في حق العاقلة وفي الماذون عليه
قيمته لغرمائه ان كان عليه دين لتعلق حق الغرما بماليته وقد استهلك حقهم
بالقتل باستهلاك محل الحق فيجب عليه قيمته لغرمائه ويكون حالة في ماله
لان هذا ليس ضمان النفس لان نفسه ملك المولى بل هذا ضمان المال لتعلق
حق الغرما بماليته فكان هذا ضمان الاستهلاك فيكون في ماله وحالة لا مؤجلة
كما لو استهلكه بالاعتاق وان لم يكن عليه دين لا شيء فيه وكذلك ان قتله عمدا وكذلك
لو كان العبد جنى جناية ثم وجد قتيلا في دار مولاه فعلى المولى قيمته حالة وكذلك
ان قتله خطأ وهو لا يعلم بجنايته لما قلنا ولو وجد العبد الرهن قتيلا في دار
الراهن او المرتهن فان وجد قتيلا في دار الراهن فلا قسامة والقيمة على رب الدار دون
العاقلة لانه ملكه وقتل الانسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وانما وجب
الضمان بعقد الرهن والعقد ثبت في حق الراهن والمرتهن لا في حق العاقلة فلا
يلزم حكمه العاقلة وان وجد في دار المرتهن فالقسامة والقيمة على عاقلته لان هذا
الضمان لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية لان وجوده في داره قتيلا كمباشرة
القتل منه كعبد ليس برهن وجد في داره قتيلا وثمة القسامة والقيمة
عليه كذا ههنا واما بيان سبب وجوب القسامة والدية فنقول سبب وجوبها
هو التقصير في النصرة وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتيل ممن وجب عليه
النصرة والحفظ لانه اذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار
مقصرا بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجرا عن ذلك وحملا على تحصيل
الواجب وكل من كان اخص بالنصرة والحفظ كان اولى بتحمل القسامة والدية لانه اولى

بالحفظ فكان التقصير منه ابلغ ولانه اذا اختص بالموضع ملكا او يدا بالتصرف كانت منفعته
له فكانت النصرة عليه اذ الخراج بالضمان على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الله
تعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ولان القتيل اذا وجد في موضع اختص به او جماعة
اما بالملك او باليد وهو التصرف فيه فيتهمون انهم قتلوه فالشرع الزمهم القسامة
دفعا للتهمة والدية لوجود القتيل بين اظهرهم والى هذا المعنى اشار عمر رضي الله
عنه حين ما قيل له اتبذل اموالنا وايماننا فقال اما ايمانكم فلحقن دمائكم واما اموالكم
فلوجود القتيل بين اظهركم واذا عرف هذا فنقول اذا وجد قتيل في المحلة فالقسامة
والدية على اهل المحلة للاحاديث واجماع الصحابة على ما ذكرنا ولان حفظ المحلة عليهم
ونفع ولاية التصرف في المحلة عايد اليهم وهم المتهمون في قتله فكانت القسامة والدية
عليهم وكذا اذا وجد في مسجد المحلة او في طريق المحلة لما قلنا فيحلف منهم خمسون
فان لم يكمل العدد خمسين رجلا يكرر عليهم الايمان حتى يكمل خمسين يمينا لما روي عن عمر
رضي الله عنه انه حلف رجالا القسامة فكانوا تسعة واربعين رجلا فاخذ منهم واحدا
وكرر عليهم اليمين حتى كملت خمسين يمينا وكان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل
انه خالفه احد فيكون اجماعا ولان هذه الايمان حق ولي القتيل فله ان يستوفيها
ممن يمكن استيفاؤها منه فان امكن الاستيفاء من عدد الرجال الخمسين استوفى
وان لم يمكن يستوفي عدد الايمان التي هي حقه وان كان العدد كاملا فاراد الولي ان
يكرر اليمين على بعضهم ليس له ذلك كذا ذكر محمد رحمه الله لان موضوع هذه الايمان
على عدد الخمسين في الاصل لا على واحد وانما التكرار على واحد لضرورة نقصان
العدد ولا ضرورة عند الكمال واذا كان في المحلة قبايل شتى فان كان فيها اهل الخطة
والمشترون فالقسامة والدية على اهل الخطة ما بقي منهم واحد في قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف عليهم وعلى المشترين جميعا وجه قول ابي يوسف ان الوجوب على
اهل الخطة باعتبار الملك والملك ثابت للمشترين ولهذا اذا لم يبق من اهل الخطة
احد كانت القسامة على المشترين وجه قولهما ان اهل الخطة اصول في الملك لان
ابتداء الملك ثبت لهم وانما انتقل عنهم الى المشترين فكانوا اخص بنصرة المحلة وحفظها
من المشترين فكانوا اولى بايجاب القسامة والدية عليهم وكان المشتري بينهم كالاجنبي
فما بقي واحد منهم لا ينتقل الى المشتري وقيل ان ابا حنيفة رحمه الله بنى الجواب على ما شاهد بالكوفة
وكان تدبير اهل المحلة فيها الى اهل الخطة وابو يوسف راى التدبير الى الاشراف من اهل المحلة
كانوا من اهل الخطة او لا فبنى الجواب على ذلك فعلى هذا لم يكن بينهما خلاف في الحقيقة لان
كل واحد منهما عول على معنى الحفظ والنصرة فان فقد اهل الخطة وكان في المحلة ملاك وسكان
فالدية على الملاك لا على السكان عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف عليهم جميعا لابي يوسف
ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب القسامة على اهل خيبر وكانوا سكانا ولان
للساكن اختصاصا بالدار يدا كما ان للمالك اختصاصا بها ملكا ويد الخصوص تكفي لوجوب
القسامة وجه قولهما ان المالك اخص بحفظ الموضع ونصرته من السكان لان اختصاصه
اختصاص ملك وانه اقوى من اختصاص اليد الا ترى ان السكان يسكنون زمانا
ثم ينتقلون واما ايجاب القسامة على يهود خيبر فممنوع لانهم كانوا سكانا بل كانوا ملاكا

فانه روى

بانه روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اقرهم على املاكهم ووضع الجزية على رؤسهم
وما كان يوخذ منهم كان يوخذ على وجه الجزية لا على سبيل الاجرة ولو وجد قتيل في سفينة
فان لم يكن معهم ركاب فعليهم جميعا وهذا في الظاهر يؤيد قول ابي يوسف في ايجابه
القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا وابو حنيفة ومحمد يفرقان بين السفينة
والمحلة لان السفينة تنقل وتحول من مكان الى مكان فيعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة
اذا وجد عليها قتيل بخلاف الدار فانها لا تحتمل النقل والتحويل فيعتبر فيها الملك ما
امكن لا اليد وكذلك العجلة حكمها حكم السفينة لانها تنقل وتحول ولو وجد القتيل
مع رجل يحمله على ظهره فعليه القسامة والدية لان القتيل في يده ولو وجد جريح معه
به رمق يحمله حتى اتى به اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لا يضمن عند ابي يوسف وقال
ابو يوسف وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن وجه القياس ان الحامل قد ثبت يده
عليه مجروحا فاذا مات من الجرح فكانه مات في يده وهذا تفريع على من جرح في
قبيلة فتحامل الى قبيلة اخرى فمات فيهم وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم وكذلك اذا كان
على دابة ولها سايق او قايد او عليها راكب فعليه القسامة والدية لانه في يده
وان اجتمع السايق والقايد والراكب فعليهم جميعا لان القتيل في ايديهم فصار
كانه وجد في دارهم وان وجد على دابة لا سايق لها ولا قايد ولا راكب عليها فان كان
ذلك الموضع ملكا لاحد فالقسامة والدية على المالك وان كان لا مالك له فعلى اقرب
المواضع اليه من حيث يسمع الصوت من الامصار والقرى وان كان بحيث لا يسمع
فهو هدر لما بينا فيما تقدم وان وجدت الدابة في محلة فعلى اهل تلك المحلة وكذلك
ان وجد في الارض فلاة من الارض انه ينظر ان كان ذلك المكان الذي وجد فيه
ملكا لانسان فالقسامة والدية عليه وان لم يكن له مالك فعلى اقرب المواضع
اليه من الامصار والقرى اذا كان بحيث يبلغ الصوت منها اليه فان كان بحيث
لا يبلغ فهو هدر لما قلنا وذكر في الاصل في قتيل وجد بين قريتين انه يقاس الى
اقربهما لما روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اقر بان يوزع بين قريتين في قتيل وجد بينهما وكذلك روي عن عمر رضي الله عنه في قتيل
وجد بين وادعة وارحب وكتب الى عامله بذلك فكتب اليه عمر رضي الله عنه ان قس
بين القريتين فايهما كان اقرب فالزمهم فوجد القتيل الى وادعة اقرب فالزموا القسامة
والدية وذلك كله محمول على ما اذا كان بحيث يسمع الصوت الى الموضع الذي وجد
فيه القتيل كذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل حكاه الكرخي والفقه ما ذكرنا فيما
تقدم وكذا اذا وجد بين سكتين فالقسامة والدية على اقربهما وان وجد في العسكر
في فلاة من الارض فان كانت الارض التي وجد فيها لها ارباب فالقسامة والدية
على ارباب الارض لانهم اخص بنصرة الموضع وحفظه فكانوا اولى بايجاب القسامة
والدية عليهم وهذا على اصل ابي حنيفة ومحمد لان العسكر كالسكان والقسامة على
الملاك لا على السكان على اصلهما فاما على اصل ابي يوسف فالقسامة والدية عليهم جميعا
وان لم يكن في ملك احد بان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكن الخباء والفسطاط
وعلى عواقلهم القسامة والدية لان صاحب الخيمة اخص بموضع الخيمة من اهل العسكر

بمنزلة صاحب الدار مع اهل المحلة ثم القسامة على صاحب الدار اذا وجد فيها قتيل لا
على اهل المحلة كذا هاهنا وان وجد خارجا من الفسطاط والخبا فعلى اقرب الاخبية
والفساطيط منهم القسامة والدية كذا ذكر في ظاهر الرواية لان الاقرب اولى بايجاب
القسامة والدية لما ذكرنا وعن ابي حنيفة اذا وجد بين الخيام فالقسامة والدية
على جماعتهم كالقتيل يوجد في المحلة جعل الخيام المجموعة كالمحلة على هذه الرواية هذا
اذا لم يكن العسكر لقوا عدوا فان كانوا قد لقوا عدوا فقاتلوا فلا قسامة ولا دية
في قتيل يوجد بين ظهورهم لانهم اذا لقوا عدوا وقاتلوا فالظاهر ان العدو قتله
لا المسلمون اذ المسلمون لا يقتل بعضهم بعضا ولو وجد قتيل في دار من رجل الى
جانب قرية ليس صاحب الارض من اهل القرية فالقسامة والدية على صاحب الارض
لا على اهل القرية لان صاحب الارض اخص بنصرة ارضه وحفظها من اهل القرية
فكان اولى بايجاب القسامة والدية عليه كصاحب الدار مع اهل المحلة ولو وجد
قتيل في دار انسان وصاحب الدار من اهل القسامة فالقسامة والدية على
صاحب الدار وعلى عاقلته كذا ذكر في الاصل ولم يفصل بينما اذا كانت عاقلته حضورا
او غيبا وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان القسامة على رب الدار وعلى عاقلته
حضورا كانوا او غيبا وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة هكذا ذكر فيه وقال الكرخي
ان كانت العاقلة حضورا في المصر دخلوا في القسامة وان كانت غايبة فالقسامة
على صاحب الدار تكرر عليه الايمان والدية عليه وعلى عاقلته اما دخول العاقلة
في القسامة اذا كانوا حضورا فهو قول ابي حنيفة ومحمد وظاهر قول ابي يوسف
لا قسامة على العاقلة يقتضي ان لا يدخلوا في القسامة وجه قول زفر انه لما لزمهم
الدية يلزمهم القسامة كاهل المحلة ولابي يوسف ان صاحب الدار اخص بالنصرة
وبالولاية والتهمة فلا تشاركه العاقلة كما لا تشاركه اهل المحلة غيره وجه قولهما
ان العاقلة اذا كانوا حضورا يلزمهم حفظ الدار ونصرتها كما يلزم صاحب الدار
وكذا يتهمون بالقتل كما يتهم صاحب الدار فقد شاركوه في سبب وجوب القسامة
فيشاركوه في القسامة ايضا وبهذا يقع الفرق بين حال الحضور والغيبة على ما ذكر
الكرخي لان معنى التهمة ظاهر الانتفاء من الغيب وكذا معنى النصرة لانه لا يلحق ذلك
الموضع نصرة من جهتهم الا انه يجب عليهم الدية لان وجوب الدية على العاقلة لا يتعلق
بالتهمة فانهم يتحملون عن القاتل المعين اذا كان صبيا او مجنونا او خاطئا وسواء كانت
الدار فيها ساكن او كانت مفرغة مغلقة فوجد فيها قتيل فعلى رب الدار وعلى عاقلته
القسامة والدية اما على اصل ابي حنيفة ومحمد فظاهر لانهما يعتبران الملك دون السكنى
فكان وجود السكنى فيها والعدم بمنزلة واحدة واما ابو يوسف فانما يوجب على الساكن
لاختصاصه بالدار تدبيرا ولم يوجد هاهنا وسواء كان الملك الذي وجد فيه القتيل
خاصا او مشتركا فالقسامة والدية على ارباب الملك لما قلنا وسواء اتفق قدر انصباء
الشركاء او اختلف فالقسامة والدية بينهم بالسوية حتى لو كانت الدار بين رجلين لاحدهما
الثلثان وللاخر الثلث فالقسامة عليهما وعلى عاقلتهما نصفان ويعتبر في ذلك عدد
الرؤوس لا قدر الانصباء كما في الشفعة لان حفظ الدار واجب على كل واحد منهما والحفظ

لا يختلف

لا يختلف ولهذا تساويا في استحقاق الشفعة لان الاستحقاق لدفع ضرر الدخيل وانه
لا يختلف باختلاف قدر الملك وذكر في الجامع الصغير فيمن باع دارا فوجد فيها قتيل قبل
ان يقبضها المشتري ان القسامة والدية على عاقلة البايع ان لم يكن في البيع خيار وان كان
فيه خيار فعلى من الدار في يده في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد الدية على مالك
الدار ان لم يكن في البيع خيار فان كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له وعند
زفر الدية على المشتري الا ان يكون للبايع خيار فيكون الدية عليه وجه قول زفر ان الملك
للمشتري اذا لم يكن فيه خيار وكذا اذا كان الخيار للمشتري لان خيار المشتري لا يمنع
دخول المبيع في ملكه عنده واذا كان الخيار للبايع فالملك له لان خياره يمنع زوال
المبيع عن ملكه بلا خلاف وجه قولهما انه اذا لم يكن فيه خيار فالملك للمشتري وانما للبايع
صورة يد من غير تصرف وصورة اليد لا مدخل لها في القسامة كيد المودع فكانت القسامة
والدية على المشتري واذا كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له لانها ان صارت للبايع فقد
انفسخ البيع وجعل كانه لم يكن وان صارت للمشتري فقد انبرم البيع وتبين انه ملكها
بالعقد من حين وجوده واما تصحيح مذهب ابي حنيفة فمشكل من حيث الظاهر
لانه يعتبر الملك فيما يحتمل النقل والتحويل لا اليد وان كانت اليد يد تصرف كيد الساكن
والثابت للبايع صورة يد من غير تصرف فاولى ان لا يعتبره لكن لا اشكال في الحقيقة
لان الوجوب بترك الحفظ والحفظ باليد حقيقة الا انه يضاف الحفظ الى الملك لان
استحقاق اليد به عادة فقام مقام اليد فكانت الاضافة الى ما هو حقيقة الحفظ
اولى الا ان مطلق اليد لا يعتبر بل اليد المستحقة بالملك وهذه يد مستحقة بالملك
بخلاف يد الساكن واذا وجد رجل قتيلا في دار نفسه فالقسامة والدية على عاقلته
لورثته في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء فيه وهو قول زفر والحسن بن
زياد وروي عن ابي حنيفة مثل قولهم وجه قولهم ان القتل صادفه والدار ملكه وانما
صار ملكا للورثة عند الموت والموت ليس بقتل لان القتل فعل القاتل ولا صنع
لاحد في الموت بل هو من صنع الله تعالى فلم يقتل في ملك الورثة فلا سبيل الى ايجاب
الضمان على الورثة وعواقلهم ولان وجوده قتيلا في دار نفسه بمنزلة مباشرة القتل
بنفسه كانه قتل نفسه بنفسه فيكون هدرا ولابي حنيفة ان المعتبر في القسامة
وقت ظهور القتيل لا وقت وجود القتل بدليل ان من مات قبل ذلك لا يدخل
في الدية والدار وقت ظهور القتيل لورثته فكانت القسامة والدية عليهم وعلى
عواقلهم كما لو وجد قتيلا في دار ابنه فان قيل تجب الدية عليهم وعلى عواقلهم وان الدية
تجب لهم فكيف تجب لهم وعليهم وكذا عاقلتهم تتحمل عنهم ايضا وفيه ايجاب لهم وعليهم
وهذا ممتنع فالجواب ممنوع ان الدية تجب لهم بل للقتيل لانها بدل نفسه فيكون
له ولهذا يجهز منها ويقضى منها ديونه وينفذ منها وصاياه ثم ما فضل عن حاجته
يستحقه الورثة لاستغناء الميت عنه والورثة اقرب الناس اليه وصار كما لو وجد
الاب قتيلا في دار ابنه او في بير حفرها ابنه اليس انه تجب القسامة والدية على الابن
وعلى عاقلته ولا يمتنع ذلك لما قلنا كذا هذا وان اعتبرنا وقت وجود القتل فهو
ممكن ايضا لانه يجب على عاقلته لتقصيرهم في حفظ الدار فيجب عليهم الدية حقا للمقتول

ثم ينتقل منه الى ورثته عند فراغه عن حاجته وذكر محمد رحمه الله اذا وجد ابن الرجل
او اخوه قتيلا في داره ان على عاقلته دية ابنه ودية اخيه وان كان هو وارثه لما
ذكرنا ان وجود القتيل في الدار كمباشرة صاحبها القتل فيلزم عاقلته ذلك للمقتول
ثم يستحقها صاحب الدار بالارث ولو وجد مكاتب قتيلا في دار نفسه فدمه هدر
لان داره في وقت ظهور القتيل ليست لورثته بل هي على حكم ملك نفسه الى ان يودي
بدل الكتابة فصار كانه قتل نفسه فهدر دمه رجلان كانا في بيت ليس معهما ثالث
وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الاخر الدية وقال محمد لا ضمان عليه وجه
قوله انه يحتمل انه قتله صاحبه ويحتمل انه قتل نفسه فلا يجب الضمان بالشك
ولابي يوسف ان الظاهر انه قتله صاحبه لان الانسان لا يقتل نفسه ظاهرا
وغالبا فاحتمال خلاف الظاهر ملحقا بالعدم الا ترى ان مثل هذا الاحتمال ثابت
في قتيل المحلة فلا يعتبر **فصل** واما بيان من يدخل في القسامة والدية بعد
وجوبهما ومن لا يدخل في ذلك فنقول وبالله العصمة الصبي والمجنون لا يدخلان
في القسامة في اي موضع وجد القتيل سواء وجد في غير ملكهما لان القسامة يمين
وهما ليسا من اهل اليمين ولهذا لا يستحلفان في ساير الدعاوى ولان القسامة
يجب على من هو من اهل النصرة وهما ليسا من اهل النصرة فلا يجب القسامة عليهما
ويجب على عاقلتهما اذا وجد القتيل في ملكهما لتقصيرهم بترك النصرة اللازمة وهل
يدخلان في الدية مع العاقلة فان وجد القتيل في غير ملكهما كالمحلة وملك انسان
لا يدخلان فيها وان وجد في ملكهما يدخلان لان وجود القتيل في ملكهما كمباشرتهما
القتل وهما مواخذان بضمان الافعال وعلى قياس ما ذكره الطحاوي لا يدخلان
في الدية مع العاقلة اصلا لكنه ليس بسديد لان هذا ضمان القتل والقتل
فعل والصبي والمجنون مواخذان بافعالهما ولا يدخل العبد المحجور والمدبر
وام الولد في القسامة والدية لانهم لا يستنصر بهم عادة وليسوا من اهل
ملك المال ايضا فلا يلزمهم الدية واما الماذون والمكاتب فلا يدخلان في قسامة
وجبت في قتيل وجد في غير دارهما وان وجد في دارهما اما الماذون ان لم يكن عليه
دين فلا قسامة عليه بل على مولاه وعاقلته استحسانا والقياس ان يجب عليه
القسامة واذا حلف يخاطب المولى بالدفع او الفدا وجه القياس ان العبد
من اهل اليمين الا ترى انه يستحلف في الدعاوى ووجود القتيل في داره بمنزلة
مباشرته القتل خطا وان قتل خطا يخير المولى بين الدفع كذا هذا وجه
الاستحسان ان فايدة الاستحلاف جريان القسامة بسبب هو النكول لانه يقضي
بالنكول في هذا الباب بل يحبس حتى يحلف او يقر ولو اقر بالقتل خطا لا يصح اقراره
لانه اقرار على مولاه فلم يكن الاستحلاف مفيدا فلا يجب عليه القسامة ويجب
على المولى وعلى عاقلته لان الملك له وان كان عليه دين فينبغي في قياس قول ابي
حنيفة ان يجب القسامة على العبد لان المولى لا يملك كسب عبده الماذون
المديون عنده فلا يملك الدار وفي الاستحسان يجب على المولى لان المولى ان
كان لا يملكها فالغرما لا يملكونها ايضا والعبد لا ملك له والمولى اقرب الناس اليه فكانت

القسامة

القسامة عليه مع ان المولى حقا في الدار وهو حق استخلاصها لنفسه بقضاء دين
الغرما فكان اولى بايجاب القسامة واما المكاتب اذا وجد قتيل في داره فعليه
الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود القتيل في داره كمباشرته القتل ولا يكون على
مولاه كما لا يكون عليه في مباشرته وهل يجب عليه القسامة ذكر القاضي في
شرحه مختصر الطحاوي انه يكرر عليه الايمان فاذا حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن
الدية الا قدر عشرة دراهم لان عاقلة المكاتب نفسه وتكون القيمة حالة لانها تجب
بالمنع من الدفع فيكون حالة كما تجب على المولى بجناية المدبر ولو كان القتيل
مولى المكاتب كان عليه الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود القتيل في داره كمباشرته
القتل وتكون القيمة حالة لا موجلة لما قلنا ولا تدخل المراة في القسامة والدية
في قتيل يوجد في غير ملكها لان وجوبها بطريق النصرة وهي ليست من اهلها وان
وجد في دارها او في قرية لها لا يكون بها غيرها عليها القسامة تستحلف وتكرر
عليها الايمان وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القسامة عليها على
عاقلتها لابي يوسف ان لزوم القسامة للزوم النصرة وهي ليست من اهل النصرة
فلا تدخل في القسامة ولهذا لم يدخل مع اهل المحلة وجه قولهما ان سبب الوجوب
على المالك مع اهليه القسامة وقد وجد في حقها اما الملك فثابت لها واما الاهلية
فلان القسامة يمين وانها من اهل اليمين الا ترى انها تستحلف في ساير الحقوق
ومعنى النصرة مراعى وجوده في الجملة لا في كل فرد كالمشقة في السفر وهل يدخل مع
العاقلة في الدية ذكر الطحاوي ما يدل على انها لا تدخل فانه قال لا يدخل القاتل
في التحمل الا ان يكون كاذكرا عاقلا بالغا فاذا لم يدخل عند وجود القتل منها
عينا فهاهنا اولى واصحابنا قالوا ان المراة تدخل مع العاقلة في الدية في هذه المسئلة
وانكروا على الطحاوي قوله وقالوا ان القاتل يدخل في الدية بكل حال او يدخل في القسامة
والدية الاعمى والمحدود في القذف والكافر لانهم من اهل الاستحلاف والحفظ
فصل واما ما يكون ابراء عن القسامة والدية فنوعان نص ودلالة اما النص
فهو التصريح بلفظ الابراء وما يجري مجراه كقوله ابرأت واسقطت او عفوت ونحو ذلك
لان ركن الابراء صدر ممن هو من اهل الابراء في محل قابل للبراءة فيصح واما الدلالة فهي
ان يدعي ولي القتيل على رجل من غير اهل المحلة فيبرأ اهل المحلة عن القسامة والدية
لان ظهور القتيل في المحلة لم يدل على كون هذا المدعى عليه قاتلا فاقدام الولي
على الدعوى عليه يكون نفيا للقتل عن اهل المحلة فيتضمن براءتهم عن القسامة
والدية فان اقام البينة على المدعى عليه والا احلفه فان حلف برئ وان نكل حبس
حتى يحلف او يقر في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يقضي بالدية ولو شهد
اثنان من اهل المحلة للولي بهذه الدعوى لا تقبل شهادتهما في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد تقبل وجه قولهما ان المانع من القبول قبل الدعوى كانت التهمة
وقد زالت بالبراءة فلا معنى لرد الشهادة ولابي حنيفة رحمه الله انه تمكنت التهمة
في شهادتهم من وجهين احدهما ان من الجائز انهما ابراهم ليتوسلا بالابراء الى تصحيح
شهادتهما والثاني انه احسن اليهم بالابراء حيث سقط القسامة والدية عنهم فمن الجائز

انه اراد وا بالمكافاه على ذلك والشهادة ترد بالتهمة من وجه واحد فمن وجهين اولى ولان
اهل المحلة كانوا خصما في هذه الدعوى فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا بالابراء من الخصومة
لان السبب الموجب لكونهم خصما قائم وهو وجود القتيل فيهم كالوكيل بالخصومة
اذا خاصم ثم عزل فشهد لا تقبل شهادته كذا هذا ولو ادعى ولي القتيل على رجل بعينه
من اهل المحلة فالقسامة والدية بحالها في ظاهر الرواية وروى عبد الله بن المبارك
عن ابي حنيفة ان القسامة تسقط وكذا روي عن محمد وقال ابو يوسف القياس ان
يسقط القسامة الا انا تركناه للاثر وجه رواية بن المبارك ان نفس الولي واحدا
منهم ابرا عن الباقين دلالة فيسقط عنهم القسامة كما لو ابراهم نصا وجه ظاهر الرواية
ان القاتل احد اهل المحلة ظاهرا فالولي كذلك الا انه عين وهو متهم في التعيين فلا
يعتبر تعيينه الا بالبينة فلا يتغير حكم القسامة الا بها وان اقام البينة من غير اهل
المحلة على دعواه يقضى بها فيجب القصاص في العمد والدية في الخطا ولو شهد شاهدان
من المحلة عليه لا تقبل شهادتهما على ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لان الخصومة بعد
هذه الدعوى قائمة فكان الشاهد خصما لانه يقطع الخصومة عن نفسه بشهادته
ولا شهادة للخصم فاذا لم يقبل شهادة اهل المحلة عليه ولم تقم بينة اخرى وبقيت
القسامة على اهل المحلة ثم كيف يستحلف الشهود من اهل المحلة عند ابي حنيفه
ومحمد يحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا غير فلان وعند ابي يوسف يحلفون بالله
ما قتلناه ولا يزادون على ذلك لان عندهم ان المشهود عليه قاتل فلا سبيل الى
استحلافهم على العلم وما قاله ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله عليهما اولى لان فيما قالاه مع
مراعاة موضوع القسامة وهو الجمع بين اليمين على البتات والعلم بالقدر الممكن
فيه نور المستثنى وفيما قاله ابو يوسف ترك اليمين على العلم اصلا فكان ما قالاه اولى ولو
ادعى اهل تلك المحلة على رجل منهم او من غيرهم تصح دعواهم فان اقاموا البينة على ذلك
الرجل يجب القصاص في العمد والدية في الخطا وان وافقهم الاولياء في الدعوى على ذلك
الرجل وان لم يوافقهم في الدعوى عليه لا يجب عليه شيء لان الاولياء قد ابراوه حيث
انكروا وجود القتل منه ولا يجب على اهل المحلة ايضا شيء لانهم اثبتوا القتيل على غيرهم
وان لم يقم البينة وحلف ذلك الرجل يجب القسامة على اهل المحلة ثم كيف
يحلفون فهو على الاختلاف الذي ذكرنا والله الموفق **فصل** واما الجناية
على ما دون النفس مطلقا فالكلام في هذه الجناية يقع في موضعين احدهما في بيان
انواعها والثاني في بيان حكم كل نوع منها اما الاول فالجناية على ما دون النفس
مطلقا انواع اربعة احدها ابانة الاطراف وما يجري مجرى الاطراف والثاني
اذهاب معاني الاطراف مع ابقاء اعيانها والثالث الشجاج والرابع الجراح اما
النوع الاول فقطع اليد والرجل والاصبع والظفر والانف واللسان والذكر
والانثيين والاذن والشفة وفقء العينين وقطع الاشفار والاجفان وقلع
الاسنان وكذا الذكر والانثيين والاذن والشفة وكسرها وحلق شعر الراس
واللحية والحاجبين والشارب واما النوع الثاني فتفويت السمع والبصر والشم
والذوق والكلام والجماع والايلاد والبطش والمشي وتغيير لون السن الى السواد

والحمرة

والحمرة والخضرة ونحوها مع قيام المحال التي تقوم بها هذه المعاني ويلحق بهذا الفصل
اذهاب العقل واما النوع الثالث فالشجاج احد عشر اولها الحارصة ثم الدامعة
ثم الدامية ثم الباضعة ثم المتلاحمة ثم السمحاق ثم الموضحة ثم الهاشمة ثم المنقلة ثم
الآمة ثم الدامغة فالحارصة هي التي تحرص الجلد اي تشقه ولا يظهر منها الدم والدامعة
هي التي يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع في العين والدامية هي التي يسيل منها الدم
والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم اكثر مما تذهب
الباضعة فيه هكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله وقال محمد المتلاحمة قبل الباضعة
هي التي يتلاحم منها الدم ويسود والسمحاق هي التي تقطع الجلد واللحم وتصل الى جلدة
رقيقة فوق العظم والسمحاق اسم لتلك الجلدة الا ان الجراحة سميت بها والموضحة هي التي
تقطع السمحاق وتوضح العظم اي تظهره والهاشمة هي التي تهشم العظم اي تكسره والمنقلة
هي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله من موضع الى موضع والآمة هي التي تصل الى
ام الدماغ وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ والدامغة هي التي تخرق تلك الجلدة
وتصل الى الدماغ فهذه احدى عشر شجة ومحمد رحمه الله ذكر الشجاج تسعة ولم
يذكر الحارصة ولا الدامعة لان الحارصة لا يبقى لها اثر عادة والشجة التي لا يبقى
لها اثر لا حكم لها في الشرع والدامعة لا يستشعر الانسان معها عادة بل يصير بعد ساعة ظاهرة
وغالبا فيخرج من ان يكون شجة فلا معنى لبيان حكم الشجة فيها فلذلك ترك محمد رحمه
الله ذكرهما والله اعلم واما النوع الرابع فالجراح نوعان جائفة وغير جائفة فالجائفة هي
التي تصل الى الجوف والمواضع التي تنفذ الجراحة منها الى الجوف هي الصدر والظهر
والبطن والجنبان وما بين الانثيين والدبر ولا يكون في اليدين والرجلين ولا في
الرقبة والحلق جائفة لانه لا يتصل الى الجوف وروي عن ابي يوسف ان ما وصل من
الرقبة الى الموضع الذي لو وصل اليه الشراب قطرة يكون جائفة لانه لا يفطر
الا اذا وصل الى الجوف ولا يكون الشجة الا في الراس والوجه وفي مواضع العظم
مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدين ولا يكون الآمة الا
في الراس والوجه وفي الموضع الذي يتخلص منه الى الدماغ لا يثبت حكم هذه الجراحات
الا في هذه المواضع عند عامة العلماء وقال بعض الناس يثبت حكم هذه الجراحات
في كل البدن وهذا غير سديد لان هذا القائل ان رجع في ذلك الى اللغة فهو غلط
لان العرب تفصل بين الشجة وبين مطلق الجراحة فتسمي ما كان في الراس والوجه
في مواضع العظم منهما شجة وما كان في ساير البدن جراحة فتسميته الكل شجة يكون
غلطا في اللغة وان رجع فيه الى المعنى فهو خطا لان حكم هذه الشجاج ثبت للشين
الذي يلحق المشجوج ببقاء اثرها بدليل انها لو برات ولم يبق لها اثر لم يجب بها
ارش والشين انما يلحق فيما يظهر في البدن وذلك هو الوجه والراس فاما ما سواهما
فلا يظهر بل يغطى عادة فلا يلحق الشين فيه مثل ما يلحق في الوجه والراس **فصل**
واما احكام هذه الانواع فهذه الانواع مختلفة الاحكام منها ما يجب فيه القصاص
ومنها ما يجب فيه دية كاملة ومنها ما يجب فيه ارش مقدر ومنها ما يجب فيه ارش غير
مقدر اما الذي يجب فيه القصاص فهو الذي اجتمع شرايط الوجوب فيقع الكلام

في موضعين احدهما في بيان شرايط وجوب القصاص والثاني في بيان وقت الحكم بالقصاص
اما الاول فنقول شرايط وجوب القصاص انواع بعضها يعم النفس وما دونها
وبعضها يخص ما دون النفس اما الشرايط العامة فما ذكرنا في بيان شرايط وجوب
القصاص في النفس من كون الجاني عاقلا بالغا متعمدا مختارا وكون المجني عليه
معصوما مطلقا لا يكون جزء الجاني ولا ملكه وكون الجناية حاصلة على طريق
المباشرة لما ذكرنا من الدلايل واما الشرايط التي تخص الجناية فيما دون النفس
فمنها المماثلة بين المحلين في المنافع والفعلين وبين الارشين لان المماثلة فيما دون النفس
معتبرة بالقدر الممكن فانعدامها يمنع وجوب القصاص والدليل على ان المماثلة فيما
دون النفس معتبرة شرعا النص والمعقول اما النص فقوله تعالى وكتبنا عليهم
فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين الى قوله تعالى والجروح قصاص فان قيل
ليس في كتاب الله تعالى بيان حكم ما دون النفس الا في هذه الاية وانه اخبار عن
حكم التورية فيكون شريعة من قبلنا وشريعة من قبلنا لا يلزمنا فالجواب ان من القرا
المعروفين من ابتدا الكلام من قوله والعين بالعين بالرفع الى قوله فمن تصدق به
على ابتدا الايجاب لا على الاخبار عما في التورية فكان هذا شريعتنا لا شريعة من
قبلنا على ان هذا ان كان اخبارا عن شريعة التورية لكن لم يثبت نسخه بكتابنا ولا
بسنة رسولنا صلى الله عليه وسلم فتصير شريعة لرسولنا مبتداه فيلزمنا العمل
به على انه شريعة رسولنا لا على انه شريعة من قبله من الرسل على ما عرف في اصول
الفقه الا انه لم يذكر وجوب القصاص في اليد والرجل نصا لكن الايجاب في
العين والانف والاذن والسن ايجاب في اليد والرجل دلالة لانه لا ينتفع بالمذكور
من السمع والبصر والشم والسن الا صاحبه ويجوز ان ينتفع باليد والرجل غير
صاحبها فكان الايجاب في العضو المنتفع به في حقه على الخصوص ايجابا فيما هو
منتفع به في حقه وفي حق غيره من طريق الاولى فكان ذكر هذه الاعضا ذكرا
لليد والرجل بطريق الدلالة كما في التافيف مع الضرب والشتم على ان في
كتابنا حكم ما دون النفس قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم وقال وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به واحق ما يعمل فيه بها
بين الاثنين ما دون النفس وقال تعالى ومن عمل سيئة فلا يجزى الا مثلها ونحو ذلك
من الايات واما المعقول فهو ان ما دون النفس له حكم الاموال لانه خلق وقاية
للنفس كالاموال الا ترى انه يستوفى في الحل والحرم كما يستوفى المال وكذا الوصي
يلي استيفا ما دون النفس للصغير كما يلي استيفا ماله فتعتبر فيه المماثلة كما تعتبر
في اتلاف الاموال ومنها ان يكون المثل ممكن الاستيفا لان الاستيفا المثل بدون
امكان استيفايه ممتنع فيمتنع وجوب الاستيفا ضرورة وبني على هذين الاصلين
مسايل فنقول وبالله التوفيق لا يوخذ شي من الاطراف الا بمثله فلا توخذ اليد
الا باليد لان غير اليد ليس من جنسها فلم يكن مثلا لها اذ المجانسة شرط المماثلة
وكذا الرجل وكذا الاصبع والعين والانف ونحوها لما قلنا وكذا الابهام لا يوخذ
الا بالابهام والسبابة الا بالسبابة ولا الوسطى الا بالوسطى ولا البنصر الا

بالبنصر

بالبنصر ولا الخنصر الا بالخنصر لان منافع الاصابع مختلفة فكانت كالاجناس المختلفة
وكذلك لا توخذ اليد اليمنى الا باليمنى ولا اليسرى الا باليسرى لان لليمين فضلا
على اليسار ولذلك سميت يمينا وكذلك الرجل وكذلك اصابع اليدين والرجلين
لا يوخذ اليمنى منها الا باليمنى ولا اليسرى الا باليسرى وكذلك الاعين لما قلنا
وكذلك الاسنان لا توخذ الثنية الا بالثنية ولا الناب الا بالناب ولا الضرس
الا بالضرس لاختلاف منافعها فان بعضها قواطع وبعضها طواحن وبعضها ضواحك
واختلاف المنفعة بين الشيين يلحقهما بجنسين ولا مماثلة عند اختلاف الجنس
وكذا لا يوخذ الاعلى منها بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى لتفاوت بين الاعلى والاسفل
في المنفعة ولا يوخذ الصحيح من الاطراف الا بالصحيح منها فلا تقطع اليد الصحيحة
ولا الكاملة الاصابع بناقصة الاصابع او مفصل من الاصابع وكذلك الرجل
والاصبع وغيرها لعدم المماثلة بين الصحيح والمعيب وان كان العيب في طرف
الجاني فالمجني عليه بالخيار ان شا اقتص وان شا اخذ ارش الصحيح لان حقه في المثل
وهو السليم ولا يمكنه استيفا حقه من كل وجه مع فوات صفة السلامة وامكنه له
الاستيفا من وجه ولا سبيل الى الزام الاستيفا حتما لما فيه من الزام استيفا حقه
ناقصا وهذا لا يجوز فيخير ان شا رضي بقدر حقه واستوفاه ناقصا وان شا
عدل الى بدل حقه وهو كمال الارش كمن اتلف على انسان شيا له مثل والمتلف
جيد فانقطع عن ايدي الناس ولم يبق منه الا الردي ان صاحب الحق يكون
بالخيار ان شا اخذ الموجود ناقصا وان شا عدل الى قيمة الجيد لما قلنا كذا هذا
ولو اراد المجني عليه ان ياخذ ويضمنه النقصان هل له ذلك قال اصحابنا ليس
له ذلك وقال الشافعي له ذلك وجه قوله ان حقه في المثل ولا يمكنه استيفاوه
من هذه اليد من كل وجه فيستوفي حقه منها بقدر ما يمكن ويضمنه الباقي كما
لو اتلف على اخر شيا من المثليات فانقطع عن ايدي الناس الا قدر بعض
حقه انه ياخذ القدر الموجود من المتلف ويضمنه قيمة الباقي كذا هذا ولنا
انه قادر على استيفا اصل حقه وانما الفايت هو الوصف وهو صفة السلامة
فاذا رضي باستيفا اصل حقه ناقصا كان ذلك رضى منه بسقوط حقه عن الصفة
كما لو اتلف شيا من ذوات الامثال وهو جيد فانقطع عن ايدي الناس نوع
ولا يوجد الا الردي منه انه ليس له الا ان ياخذه او قيمة الجيد كذلك هذا
بخلاف ما ذكر من المسالة لان هناك حق المتلف عليه متعلق بمثل المتلف بكل
جزء من اجزايه صورة ومعنى فكان له ان يستوفي الموجود وياخذ قيمة الباقي
وهاهنا حق المجني عليه لم يتعلق الا بالقطع من المفصل دون الاصابع بدليل
انه لو اراد ان يقطع الاصابع ويبرا عن الكف ليس له ذلك فلم يكن الاصابع
غير حقه اذ كان الحق البعض قطع الاصابع بل كانت جارية مجرى الصفة له
كالجودة في المكيل ولا يكون له ان يطالب بشي اخر كما في تلك المسالة ولو ذهبت الجارحة
المعيبة قبل ان يختار المجني عليه اخذها او قطعها قاطع بطل حق المجني عليه
في القصاص لفوات محله وهل يجب الارش على الجاني فالكلام فيه كالكلام فيما

اذا قطع يدا صحيحة وهو على التفصيل الذي ذكرنا فيما تقدم اما ان سقطت بافة
سماوية او قطعت ظلما لا شي عليه ولو قطعت بحق من قصاص او سرقة فعليه ارش
اليد المقطوعة وعند الشافعي عليه الارش في الوجهين والكلام فيه راجع الى
اصل قد تقدم ذكره هو ان موجب العمد القصاص عينا عندنا في النفس وما دونه
وعند احدهما عينا غير عين في قول وفي قول القصاص عينا لكن مع حق العدول الى المال
وقد ذكرنا هذا الاصل بفروعه في بيان حكم الجناية على النفس الا انه اذا كان القطع
بحق يجب الارش لانه قضى بالطرق حقا مستحقا عليه فصار كانه قايم وتعذر استيفا
القصاص لعذر الخطا وغيره على ما مر ذكره واذا ثبت هذا في الصحيحة فنقول
حق المجني عليه كان متعلقا باليد المعينة بعينها وانما ينتقل عنها الى الارش عند
اختياره فاذا لم يختر حتى هلكت بقي حقه متعلقا باليد فان قيل اليس انه كان
مخيرا بين القصاص والارش فاذا فات احدهما تعين الاخر قيل لا بل حقه كان في اليد
على التعيين الا ان له ان يعدل عنه الى بدل عند الاختيار فاذا هلك قبل الاختيار
بقي حقه في اليد فاذا هلكت فقد بطل محل الحق فبطل الحق اصلا ورا سا والله الموفق
ولو كانت يد القاطع صحيحة وقت القطع ثم شلت بعده فلا حق للمقطوع في الارش
لان حقه ثبت في اليد عينا بالقطع فلا ينتقل الى الارش بالنقصان كما اذا ذهب
الكل بافة سماوية وانه يسقط حقه اصلا ولا ينتقل الى الارش لما قلنا كذا هذا ولا
قصاص الا فيما يقطع من المفاصل مفصل الزند او مفصل المرفق او مفصل الكتف
في اليد ومفصل الكعب او مفصل الركبة او مفصل الورك في الرجل وما كان من غير
المفاصل فلا قصاص فيه كما اذا قطع من الساعد او العضد او الساق او الفخذ لانه
يمكن استيفا المثل من المفاصل ولا يمكن من غيرها وليس في لحم الساعد والعضد
والساق والفخذ لا يمكن في الالية قصاص ولا في لحم الخدين ولحم الظهر والبطن
ولا في جلدة الراس وجلدة البدن اذا قطعت لتعذر استيفا المثل ولا في اللطمة
والوكزة والوجاة والدفع لما قلنا ولا يوجد العمد بالعدد فيما دون النفس
مما يجب على احدهما فيه القصاص لو انفرد كالاثنين اذا قطعا يد رجل او رجله
او اصبعه او اذهبا سمعه او بصره او قلعا سنا له او نحو ذلك من الجوارح التي على الواحد
منها فيه القصاص لو انفرد به فلا قصاص عليهما وعليهما الارش نصفان وكذلك
ما زاد على الثلاث من العدد فهو بمنزلة الاثنين ولا قصاص عليهم وعليهم الارش على
عددهم بالسوا وهذا عندنا وعند الشافعي يجب القصاص عليهم وان كثروا كما في النفس
واحتج بما روي ان رجلين شهدا بين يدي علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فامر
بقطع يده ثم جاآ باخر وقالا او همنا انما السارق هذا يا امير المومنين فقال علي رضي
الله عنه لا اصدقكما على هذا واغرمكما دية الاول ولو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما
فقد اعتقد علي رضي الله عنه قطع اليدين بيد واحدة وانما قال ذلك بمحضر من الصحابة
ولم ينقل انه انكر عليه احد منهم فيكون اجماعا ولان اليد تابعة للنفس ثم الانفس
تقتل بنفس واحدة فكذلك الايدي تقطع بيد واحدة لان حكم التبع حكم الاصل ولنا
ان المماثلة فيما دون النفس معتبرة لما ذكرنا من الدلايل ولا مماثلة بين الايدي ويد

واحدة

واحدة لا في الذات ولا في المنفعة ولا في الفعل اما في الذات فلا شك فيه لانه لا مماثلة
بين العدد وبين الفرد من حيث الذات بحقيقة انه لا يقطع الصحيحة بالشلا والغاية هو
المماثلة من حيث الوصف فقط ففوات المماثلة في الكل الوصف لما منع جريان القصاص
ففوتها في الذات اولى واما في المنفعة فلان من المنافع ما لا يتاتى الا باليدين كالكتابة
والخياطة ونحو ذلك وكذا منفعة اليدين اكثر من منفعة يد واحدة عادة واما في الفعل
فلان الموجود من كل واحد منهما قطع بعض اليد كانه وضع احدهما السكين من جانب
والاخر من جانب اخر والجزا قطع كل واحد من كل واحد منهما وقطع كل اليد اكثر من قطع
كل اليد ببعض اليد وانعدام المماثلة من وجه يكفي لجريان القصاص كيف وقد انعدمت
من وجوه واما قول علي رضي الله عنه فلا حجة له فيه لانه انما قال ذلك على سبيل
السياسة بدليل انه اضاف القطع الى نفسه وذا لا يكون الا بطريق السياسة
والله اعلم ولو قطع رجل يميني رجلين فقطع يمينه ثم ان حضرا جميعا فلهما ان يقطعا
يمينه ويا خذا منه دية يده بينهما نصفين وهذا قول اصحابنا وقال الشافعي ان كان على
التعاقب يقطع للاول ويغرم دية للثاني كما قال في القتل وان كان على الاجماع
يقرع بينهما فيقطع لمن خرجت قرعته ويغرم للاخر الدية كما قال في النفس وجه قوله
انه اذا قطع على الترتيب صارت يده حقا للاول فلا يصير حقا للثاني فيجب الدية
للثاني واذا قطع اليدين على الاجتماع فقد صارت يده حقا لاحدهما غير عين فيتعين
بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب استحقاق القصاص فيستويان في الاستحقاق ودليل
الوصف ان سبب الاستحقاق قطع اليد وقد وجد قطع في حق كل واحد منهما فيستحق
كل واحد منهما قطع يده ولا يتحصل من كل واحد منهما في يد واحدة الا قطع بعضها
فلم يستوف كل واحد منهما بالقطع الا بعض حقه فيستوفي الباقي من الارش ولان
كل واحد منهما لما استوفى بعض حقه بقطع اليد صار القاطع قاضيا ببعض يده حقا
مستحقا عليه فيجعل كان يده قايمة وتعذر استيفا القصاص لعذر فيجب الدية
وقوله صارت يده حقا لمن له القصاص ممنوع فان ملك القصاص ليس ملك المحل
بل هو ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفا لان حرية من عليه يمنع ثبوت الملك لانها
تنبي عن الخلوص والملك في المحل يسود فيه فينافيه الخلوص والدليل عليه انه لو قطعت
يده بغير حق كانت الدية له ولو صارت يده مملوكة لمن له القصاص لكانت الدية
له واذا ان ملك القصاص ليس هو ملك المحل بل ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفا
ولا تنافي فيه فاطلاق الاستيفا للاول لا يمنع اطلاق استيفا الثاني وهذا بخلاف
النفس ان الواحد يقتل بالجماعة اكتفا لان هناك كل واحد منهم استوفى حقه على الكمال
لان حقه في القتل وكل واحد منهم استوفى القتل بكماله لما ذكرنا في الجناية على النفس
فيما تقدم وان حضر احدهما والاخر غايب فللحاضر ان يقتص ولا ينتظر الغايب لما ذكرنا
ان حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد وانما التمانع في استيفا الكل بحكم التزاحم بحكم
المشاركة في الاستيفا فاذا كان احدهما غايبا فلا تزاحم الحاضر فكان له ان يستوفي
كاحد الشفيعين اذا حضر يقضى له بالشفعة في كل المبيع ولان حق الحاضر اذا كان ثابتا
في كل اليد واراد الاستيفا والغايب قد يحضر وقد لا يحضر وقد يطالب بعد الحضور

وقد يعفو فلا يجوز تاخير حق الحاضر في الاستيفا والمنع منه للحال بعد طلبه لامر محتمل
ولهذا تقضى بالشفعة لاحد الشفيعين اذا حضر وطلب ولا ينتظر حضور الغايب كذا هذا
وللاخر دية يده على القاطع لانه تعذر استيفا حقه بعد ثبوته فيصار الى البدل
ولان للقاطع يده حقا مستحقا عليه فيلزمه الدية وان عفا احدهما بطل حقه وكان
للاخر القصاص ان كان العفو قبل قضا القاضي بالاجماع لان حق كل واحد منهما ثابت
في اليد على الكمال فالعفو من احدهما لا يوثر في حق الاخر كما في القصاص في النفس
وكذلك لو عدا احدهما على القاطع فقطع يده فقد استوفى حقه وللاخر الدية لما ذكرنا
واما اذا قضى القاضي بالقصاص بينهما ثم عفا احدهما فللاخر ان يستوفي القصاص في قول
ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وقال محمد اذا قضى القاضي بالقصاص في اليد بينهما نصفين
وبدية اليد بينهما نصفين ثم عفا احدهما بطل القصاص وجه قوله ان حق كل واحد
منهما وان كان ثابتا في كل اليد لكن القاضي لما قضى بالقصاص بينهما فقد اثبت الشركة
بينهما فصار حق كل واحد منهما في البعض فاذا عفا احدهما سقط البعض ولا يتمكن الاخر
من استيفا الكل وجه قولهما ان قضا القاضي بالشركة لم يصادف محله لان الشرع
ما ورد بوجوب القطع في بعض اليد فيلحق بالعدم او يجعل مجازا عن الفتوى
كانه افتى بما يجب لهما وهو ان يجتمعا على القطع ويأخذا الدية بينهما فكان عفو احدهما
بعد القضا كعفوه قبله ولو قضى القاضي بالدية بينهما فقبضاها ثم عفا احدهما
لم يكن للاخر القصاص وينقلب نصيبه مالا لانهما لما قبضا الدية فقد ملكاها وثبوت
الملك في الدية يقتضي ان لا يبقى الحق في كل اليد فسقط حق كل واحد منهما عن
نصف اليد فاذا عفا احدهما لا يثبت للاخر ولاية استيفا كل اليد وكذلك لو اخذا
بالدية رهنا لان قبض الرهن قبض استيفا لان الدين كانه في الرهن بدليل انه اذا
هلك يسقط الدين فصار قبضها الرهن كقبضها الدين ولو اخذا بالدية كفيلا
ثم عفا احدهما فللاخر القصاص لانه ليس في الكفالة معنى الاستيفا بل هي للتوثق
لجانب الوجوب فكان الحكم بعد الكفالة كالحكم قبلها ولو قطع من رجل يديه او رجليه
قطعت يداه ورجلاه لان استيفا المثل ممكن ولو قطع من رجل يمينه ومن اخر
يساره قطعت يمينه لصاحب اليمين ويساره لصاحب اليسار لان تحقيق المماثلة
فيه واجب ممكن فان قيل القاطع ما ابطل عليهما منفعة الجنس فكيف يبطل عليه
منفعة الجنس فالجواب ان كل واحد منهما ما استحق عليه الا قطع يد واحدة وليس
في قطع يد واحدة تفويت منفعة الجنس فكان الجزاء مثل الجناية الا ان فوات منفعة
الجنس عند اجتماع القطعين حصل ضرورة غير مضاف اليها ولو قطع اصبع رجل كلها
من المفصل ثم قطع يد اخر او بدا باليد ثم بقطع الاصبع وذلك كله في يد واحدة في
اليمين او في اليسار فلا يخلو اما ان جا جميعا يطلبان القصاص واما ان جا متفرقين
فان جا جميعا بدا بالقصاص في الاصبع فيقطع الاصبع بالاصبع ثم يخير صاحب اليد
فان شا قطع ما بقي وان شا اخذ دية يده من مال القاطع لان حق كل واحد منهما في مثل
ما قطع منه فحق صاحب اليد في قطع اليد وقطع اليد حق صاحب الاصبع في قطع
الاصبع في حقه فيجب ايفا حق كل واحد منهما بقدر الامكان وذلك في البداية بالقصاص

في الاصبع

في الاصبع لانا لو بدانا بالقصاص في اليد لبطل حق صاحب الاصبع في القصاص اصلا
وراسا ولو بدا بالقصاص في الاصبع لم يبطل حق الاخر في القصاص اصلا وراسا لانه
يتمكن من استيفا يده مع النقصان فكانت البداية بالاصبع اولى وانما خير صاحب اليد
بعد قطع الاصبع لان الكف صارت معيبة بقطع الاصبع فوجد حقه ناقصا فيثبت
له الخيار كالاشل اذا قطع يد الصحيح وان جا متفرقين فان جا صاحب اليد وصاحب
الاصبع غايب يقطع اليد لصاحب اليد لان حق صاحب اليد ثابت في اليد فلا يجوز
منعه من استيفا حقه لحق غايب يحتمل ان يحضر ويطالب ويحتمل ان لا يحضر ولا يطالب
فان جا صاحب الاصبع بعد ذلك اخذ الارش لتعذر استيفا حقه عليه بعد ثبوته
فياخذ بدله ولان القاطع قضى بطرفه حقا مستحقا عليه فصار كانه قايم وتعذر
الاستيفا لمانع فيلزمه الارش وان جا صاحب الاصبع وصاحب اليد غايب
يقطع الاصبع لصاحب الاصبع لما ذكرنا في صاحب اليد ثم اذا جا صاحب اليد بعد
ذلك اخذ الارش لما قلنا ولو قطع اصبع رجل من مفصل ثم قطع اصبع رجل اخر من
مفصلين ثم قطع اصبع اخر كلها وذلك كله في اصبع واحدة فهو على التفصيل الذي
ذكرنا ان الامر لا يخلو اما ان جاوا جميعا يطلبون القصاص واما ان جاوا متفرقين
فان جاوا جميعا بدا بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى ثم يخير صاحب المفصلين
فان شا استوفى الاوسط بحقه كله ولا شي له من الارش وان شا اخذ ثلثي دية
اصبعه من ماله ثم يخير صاحب الاصبع فان شا اخذ ما بقي باصبعه وان شا اخذ
دية اصبعه من مال الذي قطعها وانما كان كذلك لما بينا ان حق كل واحد منهما في مثل
ما قطع منه فيجب ايفا حقهم بقدر الامكان وذلك في البداية بالاسقط
حق بعضهم وهو ان يبدا بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى لان البداية به
لا يبطل حق الباقين في القصاص اصلا لامكان استيفا حقهما مع النقصان
وفي البداية بالقصاص في الاصبع ابطال حق الباقين اصلا ورب رجل يختار القصاص
وان كان ناقصا تشفيا للصدر واذا قطع منه المفصل الاعلى لصاحب الاعلى يخير
الباقين لان كل واحد منهما وجد حقه ناقصا لحدوث العيب بالطرف وان جاوا
متفرقين فان جا صاحب الاصبع اولا يقطع له الاصبع لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة
فاذا جا الباقين بعد ذلك يقضى لهما بالارش لصاحب المفصل الاعلى ثلث دية الاصبع
ولصاحب المفصلين ثلثا دية الاصبع لما قلنا وان جا صاحب المفصلين اولا يقطع
له المفصلان لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة ويقضى لصاحب المفصل الاعلى بالارش
لما مر وصاحب الاصبع بالخيار ان شا اخذ ما بقي واستوفى حقه ناقصا وان شا اخذ
دية الاصبع لما مر وان جا صاحب الاعلى اولا فهو كما جاوا معا وقد ذكرنا حكمه والله
اعلم ولو قطع كف رجل من مفصل ثم قطع يد اخر من المرفق او بدا بالمرفق ثم بالكف وهما
في يد واحدة في اليمين او في اليسار ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب الكف ثم يخير
صاحب المرفق فان شا قطع ما بقي بحقه كله وان شا اخذ الارش لما بينا وان جا احدهما
والاخر غايب فان جا صاحب الكف قطع له الكف ولا ينتظر الغايب لما مر ثم اذا جا صاحب
المرفق اخذ الارش وان جا صاحب المرفق اولا يقطع له المرفق اولا ثم اذا جا صاحب

اليد بعد ذلك يأخذ ارش اليد والله اعلم ولو قطع المفصل الاعلى من سبابة رجل ثم
عاد فقطع المفصل الثاني منها فعليه القصاص في المفصل الاول ولا قصاص عليه
في المفصل الثاني وعليه قيمة الارش وكذلك لو قطع اصبع رجل من اصلها ثم قطع
الكف التي منها الاصبع كان عليه القصاص في الاصبع ولا قصاص عليه في الكف
وعليه الارش في الكف ناقصة باصبع وكذلك لو قطع يد رجل وهي صحيحة ثم قطع
ساعده من المرفق من اليد التي قطع منها الكف عليه في اليد القصاص ولا قصاص
عليه في الساعد بل فيه ارش حكومة كذا روي عن ابي حنيفة ولم يفصل بينما اذا كانت
الجناية الثانية بعد برء الاولى او قبلها وقال ابو يوسف ومحمد اذا كانت الثانية بعد برء
الاولى فهما جنايتان معتبرتان واذا كانت قبل البرء فهي جناية واحدة ذكر قولهما
في الزيادات وجه قولهما ان الجنايتين اذا كانتا قبل البرء فهما في حكم جناية واحدة
بدليل ان من قطع يد رجل خطا ثم قتله وجبت عليه دية واحدة فصار كانه قطع
المفصلين معا بضربة واحدة فيجب القصاص فيهما واذا برات الاولى فقد استقرت
واستقر حكمها فكانت الثانية جناية مفردة في مفصل مفرد لحكمها فيجب القصاص
في الاولى والارش في الثانية ولابي حنيفة ان وقت قطع المفصل الاعلى كانت الاصبعان
صحيحتين اعني اصبع القاطع والمقطوع له المفصل اولا فكانت بين الاصبعين
مماثلة فامكن استيفا القصاص على وجه المماثلة ولم يكن بينهما مماثلة وقت قطع
المفصل الثاني لان اصبع القاطع كاملة وقت القطع فيكون استيفا الكامل بالناقص
وهذا لا يجوز فان قيل وقت قطع المفصل الثاني كان القصاص مستحقا في المفصل
الاعلى من القاطع والمستحق كالمستوفى فكان استيفا الناقص بالناقص والجواب
عنه من وجهين احدهما ان نفس الاستحقاق لا يوجب النقصان بدليل انه لو
جا الاجنبي وقطع ذلك المفصل عمدا وجب القصاص عليه ولو ثبت النقصان بنفس
الاستحقاق لما وجب فثبت النقصان لا يثبت بمجرد الاستحقاق وانما يثبت
بالاستيفا ولم يوجد فلو وجب القصاص لكان استيفا الكامل بالنقصان بالناقص
والثاني ان سلم ان النقصان يثبت بنفس الاستحقاق والوجوب لكن حكما لا حقيقة والاول
ناقص حقيقة فلم يكن بينهما مماثلة ولو قطع المفصل الاعلى منها فانتقص منه ثم قطع المفصل
الثاني وبرا فانتقص منه لان اصبع القاطع كانت ناقصة وقت قطع المفصل الثاني فيكون
استيفا الناقص بالناقص فيتحقق المماثلة ولو كان غيره قطع المفصل الاعلى منها ثم
قطع هو المفصل الثاني منها فلا قصاص عليه لانعدام المساواة بين اصبع القاطع
والمقطوع وعليه ثلث دية الاصبع ولو قطع المفصل الاعلى فبرا ثم قطع المفصل الثاني
فمات فالولي بالخيار ان شا قطع المفصل ثم قتل لان فيه استيفا مثل حقه لان حقه
في القطع والقتل وان شا ترك المفصل وقتل لان في اتلاف النفس اتلاف الطرف
فكان المقصود حاصلا بخلاف ما اذا كانت الجنايتان من رجلين فمات من احدهما
دون الاخرى انه ان كان ذلك كله عمدا فعلى صاحب النفس القصاص في النفس
وعلى صاحب الجناية فيما دون النفس القصاص في ذلك ان كان يستطاع وان
كان لا يستطاع فالارش وان كان ذلك خطا فعلى صاحب النفس دية النفس وعلى

صاحب

صاحب الجراحة فيما دون النفس ارش ذلك وان كان احدهما عمدا والاخر خطا فعلى العامد
القصاص وعلى الخاطي الارش ولا يدخل احدهما في الاخر سوا كان بعد البرء او قبل البرء
لان الجنايتين اذا كانتا من شخص واحد يمكن جعلهما كجناية واحدة كانهما حصلا بضربة
واحدة واذا كانتا من شخصين لا يمكن ان يجعلا كجناية واحدة كانهما لان جعل فعل
احدهما فعل الاخر لا يتصور فلا بد ان يعتبر فعل كل واحد منهما بانفراده سوا برات
الجناية الاولى او لم تبرا على ما بينا ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة
ثم عاد فقطع نصف المفصل الباقي ان كان قبل البرء ينتقص منه فيقطع منه المفصل كله
لانه اذا كان قبل البرء صار كانه قطع المفصلين جميعا بضربة واحدة ولو كان كذلك
ينتقص منه ويقطع منه المفصل كله كذا هذا وان كان بعد البرء لا ينتقص منه ويجب
حكومة العدل في كل نصف لانه لا يمكن استيفا القصاص من نصف المفصل وليس له
ارش مقدر فيجب حكومة العدل ولو قطع من رجل المفصل الاعلى من السبابة ثم عاد
فقطع المفصل الثاني منها فان كان قبل البرء فلا قصاص عليه وعليه القصاص في المفصل
والحكومة في نصف المفصل لانه يصير كانه قطعهما بدفعة واحدة ولو فعل ذلك لا
قصاص عليه لتعذر الاستيفا بصفة المماثلة وكان عليه الارش في المفصل وحكومة
العدل في نصف المفصل كذا هذا وان كان بعد البرء يجب القصاص في المفصل وحكومة
العدل في نصف المفصل لانه اذا برا الاول فقد استقر حكمه والاستيفا بصفة المماثلة
ممكن فيثبت ولاية الاستيفا ولا يمكن استيفا القصاص في نصف المفصل وليس له ارش
مقدر فيجب فيه حكومة العدل ولو قطع من رجل يده من المفصل فاقتص منه ثم ان
احدهما قطع من الاخر الذراع من المرفق فلا قصاص فيه وفيه حكومة العدل
عند اصحابنا الثلثة وقال زفر يجب القصاص كذا ذكر القاضي الخلاف في شرحه
مختصر الطحاوي وذكر الكرخي الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف وجه قول ابي يوسف
وزفر ان استيفا القصاص على سبيل المماثلة ممكن لان المحلين استويا والمرفق
مفصل فكان المثل مقدور الاستيفا فلا معنى للمصير الى الحكومة كما اذا قطع يد
انسان من مفصل الزند ولابي حنيفة ومحمد ان القصاص فيما دون النفس يعتمد
المساواة في الارش لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال لما بينا والمساواة
في اتلاف الاموال معتبرة ولهذا لا يجري القصاص بين طرفي الذكر والانثى والحر
والعبد لاختلاف الارش وها هنا لا يعرف التساوي في الارش لان ارش الذراع
حكومة العدل وذلك يكون بالحزر والظن فلا يعرف التساوي بين ارشيهما لان
قطع الكف يوجب وهن الساعد وضعفه وليس له ارش مقدر وقيمة الوهن والضعف
فيه لا يعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين ارشي الساعدين فيمتنع وجوب القصاص
وعلى هذا الخلاف اذا قطع يد رجل وفيها اصبع زايدة وفي يد القاطع اصبع زايدة
مثل ذلك انه لا قصاص عند ابي حنيفة ومحمد وفيها حكومة العدل وعند ابي يوسف
يجب القصاص لوجود المساواة بين اليدين ولهما ان الاصبع الزايدة في الكف نقص
فيها وعيب وهو نقص يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين الكفين ولو قطع
اصبعا زايدة وفي يده مثلها فلا قصاص عليه بالاجماع لان الاصبع الزايدة في معنى

الزلزلة ولا قصاص في المزلزل ولانها نقص ولا يعرف قيمة النقصان الا بالحزر والظن
لانه ليس لها ارش مقدر فلا يعرف المماثلة ولو قطع الكف التي فيها اصبع زائدة فان
كانت تلك الاصبع توهن الكف وتنقصها فلا قصاص فيها وان كانت لا تنقصها ففيها القصاص
ولا قصاص بين الاشلين كذا روى الحسن عن ابي حنيفة سوا كانت يد المقطوعة يده
اقلهما شللا او اكثر او هما سوا وهو قول ابي يوسف وقال زفر ان كانا سوى ففيهما القصاص
وان كانت يد المقطوعة يده اقلهما شللا كان بالخيار ان شا قطع يد القاطع وان شا
ضمنه ارش يده شلا وان كانت يد المقطوعة يده اكثرهما شللا فلا قصاص وله
ارش يده والصحيح قولنا لان بعض الشلل في يديهما يجب يوجب اختلاف ارشيهما
وذلك يعرف بالحزر والظن فلا يعرف المماثلة وكذلك مقطوع الابهام كلها اذا قطع
يدا مثل يده لم يكن بينهما قصاص في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان قطع الابهام يوهن
الكف ويسقط تقدير الارش فلا يعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة ولو قطع
يد رجل ثم قتله فان كان بعد البرء لا يدخل اليد في النفس بلا خلاف والولي بالخيار
ان شا قطع يده ثم قتله وان شا اكتفى بالقتل وان شا عفى عن النفس وقطع يده وان كان
قبل البرء فكذلك في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تدخل اليد في النفس
وله ان يقتله وليس له ان يقطع يده وجه قولهما ان الجناية على ما دون النفس
اذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس في الشريعة بل يدخل ما دون
النفس في النفس كما اذا قطع يده خطا ثم قتله قبل البرء حتى لا يجب عليه الا دية
النفس ولابي حنيفة ان حق المجني عليه في المثل وذلك في القطع والقتل والاستيفاء
بصفة المماثلة ممكن فاذا قطع الولي يده ثم قتله كان مستوفيا للمثل فيكون الجزا مثل الجناية
جزاء وفاقا بخلاف الخطا لان المثل هناك غير مستحق بل المستحق غير المثل لان المال
ليس بمثل النفس وكان ينبغي ان لا يجب اصلا الا ان وجوبه ثبت بعدولاية عن الاصل
عند استقرار سبب الوجوب فبقيت الزيادة حال عدم استقرار السبب لعدم البرء
مردوده الى حكم الاصل والله اعلم هذا اذا كانا جميعا عمدا فاما اذا كانا جميعا خطا فان
كان بعد البرء لا يدخل ما دون النفس في النفس ويجب دية ونصف دية يتحمله العاقلة
وتؤدى في ثلاث سنين في السنة الاولى ثلث الدية ثلث من الدية الكاملة وثلث من
نصف الدية وفي السنة الثانية نصف الدية ثلث من الدية الكاملة وسدس من النصف
وفي السنة الثالثة ثلث الدية لان الدية الكاملة تؤدى في ثلاث سنين ونصف الدية
يؤدى في سنتين من الثلث وهذا يوجب ان يكون قدر المؤدى منهما وانما لم يدخل ما
دون النفس في النفس لان الاول لما برا فقد استقر حكمه فكان الثاني جناية مبتداه
فيعتبر حكمها وان كان قبل البرء يدخل ما دون النفس في النفس ويجب دية واحدة
لان حكم الاول لم يستقر وان كان احدهما عمدا والاخر خطا لا يدخل ما دون النفس
في النفس ويعتبر كل واحد منهما بحكمه سوا كان بعد البرء او قبله لان العمد مع الخطا جنايتان
مختلفتان فلا يحتملان التداخل فيعطى لكل واحد منهما حكم نفسه فيجب في العمد
القصاص وفي الخطا الارش هذا كله اذا كان الجاني واحدا فقطع ثم قتل فاما اذا كانا
اثنين فقطع احدهما يده ثم قتله الاخر فلا يدخل ما دون النفس في النفس كيف ما كان

بعد البرء

بعد البرء او قبله لان الاصل اعتبار كل جناية بحيالها لان كل واحد منها جناية على حدة
فكان الاصل عدم التداخل وافراد كل جناية بحكمها الا ان عند اتحاد الجاني وعدم
البرء قد يجعلان كجناية واحدة كانهما حصلا بضربة واحدة تقديرا ولا يمكن هذا
التقدير عند اختلاف الجاني لاستحالة ان يكون فعل كل واحد منهما فعلا لصاحبه
حقيقة فتعذر التقدير فبقي فعل كل واحد منهما جناية مفردة حقيقة وتقديرا
فيفرد حكمها فان كانتا جميعا عمدا يجب القصاص على كل واحد منهما من القتل وان كانتا
جميعا خطا يجب الدية عليهما يتحمل عنهما عاقلتهما في القطع والقتل وان كان احدهما
عمدا والاخر خطا يجب القصاص في العمد والارش في الخطا ولو قطع اصبع يد رجل
عمدا وقطع اخر يده من الزند فمات فلا قصاص على الثاني في قول اصحابنا الثلثة
وقال زفر القصاص عليهما جميعا وبه اخذ الشافعي وجه قول زفر ان السراية باعتبار
الالم والقطع الاول اتصل المه بالنفس وتكامل بالثاني فكانت السراية مضافة
الى الفعلين فيجب القصاص عليهما ولنا ان السراية باعتبار الالام المترادفة التي لا
يحتملها النفس الى ان يموت وقطع اليد يمنع وصول الالم من الاصبع الى النفس فكان
قاطعا للسراية فبقيت السراية مضافة الى قطع اليد وصار كما لو قطع الاصبع
فبرات ثم قطع اخر يده فمات وهناك القصاص على الثاني كذا ههنا بل اولى لان
القطع في المنع من الاثر وهو وصول الالم الى النفس فوق البرء لاحتمال الانتقاض
والقطع لا يحتمل ثم زوال الاثر بالبرء يقطع السراية فزواله بالقطع لان يقطع
كان اولى واحرى ولو جنى على ما دون النفس فسرى فالسراية لا يخلو اما ان كانت
الى النفس واما ان كانت الى عضو اخر فان كانت الى النفس فالجاني لا يخلو اما ان كان
متعمدا في الجناية واما ان لم يكن فان متعمدا في الجناية والجناية بحديدة او خشبة
تعمل عمل السلاح فمات من ذلك فعليه القصاص سوا كانت الجناية مما يوجب القصاص
لو برات او لا يوجب كما اذا قطع يد انسان من الزند او من الساعد او شجه موضحة
او امة او جائفة او ابان طرفا من اطرافه او جرحه جراحة مطلقة فمات من ذلك
فعليه القصاص لانه لما سرى بطل حكم ما دون النفس وتبين انه وقع قتلا من
حين وجوده وللولي ان يقتله وليس له ان يفعل به مثل ما فعل حتى لو كان قطع
يده ليس له ان يقطع يده عندنا وعند الشافعي يفعل به مثل ما فعل فان
مات من ذلك والا قتله وكذلك اذا قطع رجل يدي رجل ورجليه فمات من ذلك
يحز رقبته عندنا وعنده يفعل به مثل ما فعل وقد ذكرنا المسالة فيما تقدم
ولو قطع يده فعفا المقطوع عن القطع ثم سرى الى النفس ومات فان عفا عن
الجناية او عن القطع وما يحدث منه او جراحه وما يحدث منها فهو عفو عن النفس
بالاجماع وان عفى عن القطع او الجراحة ولم يقل وما يحدث منه لا يكون عفوا عن
النفس وعلى القاطع دية النفس في ماله في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف
ومحمد يكون عفوا عن النفس ولا شي عليه والمسالة باخواتها قد مرت في مسائل
العفو عن القصاص في النفس ولو كان له على رجل قصاص في النفس فقطع يده
ثم عفا عن النفس وبرات اليد ضمن دية اليد في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد

لاضمان عليه وجه قولهما ان نفس القاتل بالقتل صارت حقا لولي القتيل والنفس اسم
لجملة الاجزاء فاذا قطع يده فقط استوفى حق نفسه فلا يضمن ولهذا لو قطع يده
ثم قتله لا يجب عليه ضمان اليد ولو لم يكن اليد حقه لوجب الضمان عليه وكانه
بالقطع استوفى حق نفسه فبعد ذلك وان عفا عن النفس فالعفو ينصرف الى القايم
لا الى المستوفى كمن استوفى بعض دينه ثم ابرا الغريم فان الابرا ينصرف الى ما بقي لا الى المستوفى
كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان حق من له القصاص في القتل وهو القتل لان المحل
وهو النفس او يقال حقه في النفس لكن في حق القتل لا في حق القطع لان حقه في
المثل والموجود منه القتل لا القطع ومثل القتل هو القتل فكان اجنبيا عن
البدن فاذا قطع اليد فقد استوفى ما ليس بحق له وهو متقوم فيضمن وكان القياس
ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فيجب الدية الا انه اذا قطع اليد ثم قتله
لا يجب عليه ضمان اليد وان كان متعديا في القطع مسيئا فيه لانه لا تتحقق لما مع
اتلاف النفس بالقصاص فلا يضمن كما لو قطع يد مرتد انه لا يضمن وان كان متعديا
في القطع لما قلنا كذا هذا ولانه كان مخيرا بين القصاص وبين العفو فاذا عفا استند
العفو الى الاصل كانه عفى ثم قطع فكان القطع استيفاء غير حق فيضمن هذا اذا كان
متعديا في الجناية على ما دون النفس فاما اذا لم يكن متعديا فيها فلا يجب القصاص
للشبهة ويجب الدية في بعضها ولا يجب في البعض وبيان ذلك في مسايل اذا قطع
يد رجل عمدا حتى وجب عليه القصاص فقطع الرجل يده فمات من ذلك ضمن الدية
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا شي عليه ولو قطع الامام يد السارق
فمات منه لا ضمان على الامام ولا على بيت المال وكذلك الفصاد والبزاغ والحجام
اذا سرت جراحاتهم لا ضمان عليهم بالاجماع وجه قولهما ان الموت حصل بفعل ماذون
فيه وهو القطع فلا يكون مضمونا كالامام اذا قطع يد السارق فمات منه ولابي
حنيفة انه استوفى غير حقه لان حقه في القطع وهو اتى بالقتل لان القتل اسم
لفعل مؤثر في فوات الحيوة عادة وقد وجد فيضمن كما اذا قطع يد انسان ظلما وسرى
الى النفس وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فيجب الدية وهكذا
نقول في الامام ان فعله وقع قتلا الا انه لا سبيل الى ايجاب الضمان للضرورة لان اقامة
الحد مستحقة عليه والتحرز عن السراية ليس في وسعه فلو اوجبنا الضمان لامتنع
الايمة عن الاقامة خوفا عن لزوم الضمان وفيه تعطيل الحد ودوا القطع ليس بمستحق
على من له القصاص بل هو مخير فيه والاولى هو العفو ولا ضرورة الى اسقاط الضمان
بعد وجود سببه ولو ضرب امراته للنشوز فماتت منه يضمن لان الماذون فيه
هو التاديب لا القتل ولما اتصل به الموت تبين انه وقع قتلا ولو ضرب الاب او الوصي
الصبي للتاديب فمات ضمن في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن وجه قولهما
ان الاب والوصي ماذونان في تاديب الصبي وتهذيبه والمتولد من الفعل الماذون
فيه لا يكون مضمونا كما لو عزر الامام انسانا فمات وجه قول ابي حنيفة ان التاديب
اسم لفعل يبقى المودب حيا بعده فاذا سرى تبين انه قتل وليس بتاديب وهما غير
ماذونين في القتل ولو ضربه المعلم او الاستاذ فمات ان كان الضرب بغير امر الاب او الوصي

يضمن لانه

يضمن لانه متعدي في الضرب والمتولد منه يكون مضمونا عليه وان كان باذنه لا يضمن للضرورة
لان المعلم اذا علم انه يلزمه الضمان بالسراية وليس في وسعه التحرز عنها يمتنع عن التعليم
فكان في التضمين سد باب التعليم وبالناس حاجة الى ذلك فسقط اعتبار السراية في حقه لهذه
الضرورة وهذه الضرورة لم توجد في الاب لان لزوم الضمان لا يمنعه عن التاديب
لفرط شفقته على ولده فلا يسقط اعتبار السراية من غير ضرورة ولو قطع يد مرتد
فاسلم ثم مات فلا شي على القاطع وهذا يؤيد مذهب ابي حنيفة في اعتبار وقت الفعل
والاصل في هذا ان الجناية اذا وردت على ما ليس بمضمون فالسراية لا تكون مضمونة لان
الضمان يجب بالفعل السابق والفعل صادف محلا غير مضمون وكذلك لو قطع يد حربي
ثم اسلم ثم مات من القطع انه لا شي على القاطع لان الجناية وردت على محل غير مضمون
فلا تكون مضمونة وكذلك لو قطع يد عبده ثم اعتقه ثم مات لم يضمن السراية لان
يد العبد غير مضمونة في حقه ولو قطع يده وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم مات
فعلى القاطع دية اليد لا غير لانه ابطل عصمة نفسه بالردة فصارت الردة بمنزلة
الابرا عن السراية ولو رجع الى الاسلام ثم مات فعلى القاطع دية النفس في قول ابي
حنيفة وابي يوسف وعند محمد عليه دية اليد لا غير وجه قوله على نحو ما ذكرنا انه
لما ارتد فكانه ابرا القاطع عن السراية وجه قولهما ان الجناية تتعلق حكما بالابتدا
او بالانتها وما بينهما لا يتعلق به حكم والمحل هاهنا مضمون في الحالين فكانت الجناية مضمو
فيهما فلا تعتبر الردة العارضة فيما بينهما واما قول محمد الردة بمنزلة البراءة فنعم لكن
بشريطة الموت عليها لان حكم الردة موقوف على الاسلام والموت وقد كانت الجناية
مضمونة فتوقف حكم السراية ايضا وكذلك لو لحق بدار الحرب ولم يقض القاضي
بلحوقه ثم رجع الينا مسلما ثم مات من القطع فهو على هذا الخلاف وان كان القاضي
قضى بلحوقه ثم عاد مسلما ثم مات من القطع فعلى القاطع دية يده لا غير بالاجماع ولا نقسم
قتله فصار كالابرا عن الجناية لو قطع يد عبد خطا فاعتقه مولاه ثم مات منها فلا شي
على القاطع غير ارش اليد ونقصه كبر واليد لان السراية لو كانت مضمونة على الجاني
فاما ان تكون مضمونة عليه للمولى واما ان تكون مضمونة عليه للعبد لا سبيل الى
الاول لان المولى ليس بمالك له بعد العتق ولا وجه للثاني لما ذكرنا ان السراية تكون
تابعة للجناية لما لم تكن مضمونة للعبد لا تكون سرايتها مضمونة له ولهذا قلنا اذا
باعه المولى بعد القطع سقط حكم السراية وليس قطع اليد في هذا مثل الرمي في
قول ابي حنيفة حيث اوجبت عليه بالرمي القيمة وان اعتقه المولى ولم يوجب في القطع
الا ارش اليد لما ذكرنا ان الرمي سبب الاصابة لا محالة فصار جانيا به وقت الرمي فاما
القطع فليس بموجب للسراية لا محالة والله اعلم وان كان قطع يد العبد عمدا فاعتقه
مولاه ثم مات العبد نظر ان كان المولى هو وارثه لا وارث له غيره فله ان يقتل الجاني
في قول ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وقد مرت المسألة وان كان له وارث غيره يحجبه
عن ميراثه او يرث معه في ميراثه فلا قصاص لاشتباه الولي على ما مر ولو لم يعتقه بعد
القطع ولكن دبره او كاتبه ام امة فاستولدها فانه لا تنقطع السراية ويجب نصف القيمة
ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت هذا ان كان خطا وان كان عمدا فللمولى ان يقتص بالاجماع

ولو كاتبه والمسألة بحالها فبرا لكتابة برى عن السراية فيجب نصف القيمة للمولى فاذا مات
وكان خطا لا يجب عليه شى آخر وان كان عمدا فان كان عاجزا فللمولى ان يقتص لانه مات عبدا
وان مات عن وفا فقد مات حرا فينظر ان كان له وارث يحجب المولى او يشاركه فلا قصاص
عليه ويجب عليه ارش اليد لا غير وان لم يكن له وارث غير المولى فللمولى ان يقتص عند ابى
حنيفة وابى يوسف وعند محمد ليس له ان يقتص وعليه ارش اليد لا غير وان كان القطع
بعد الكتابة فمات وكان القطع خطا او مات عاجزا فالقيمة للمولى وان مات عن وفا
مات حرا فينظر ان كان مع المولى وارث يحجبه او يشاركه في الميراث فلا قصاص وان لم يكن له
وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذى ذكرنا والله اعلم هذا اذا كانت السراية الى النفس
فاما اذا كانت الى العضو فالاصل ان الجناية اذا حصلت فى عضو فسرت الى عضو والعضو
الثانى لا قصاص فيه فلا قصاص فى الاول ايضا وهذا الاصل يطرد على مذهب ابى حنيفة
فى مسايل اذا قطع اصبعا من يد رجل فشلت الكف فلا قصاص وعليه دية اليد بلا خلاف
بين اصحابنا لان الموجود من القاطع قطع مشل الكف ولا يقدر المقطوع على مثله فلم
يكن المثل ممكن الاستيفا فلا يجب القصاص ولان الجناية واحدة فلا يجب بها ضمانان
مختلفان وهو القصاص والمال خصوصا عند اتحاد المحل لان الكف مع الاصبع بمنزلة
عضو واحد وكذا اذا قطع مفصلا من اصبع فشل ما بقى او شلت الكف لما قلنا فان قال
المقطوع انا اقطع المفصل واترك ما يبس ليس له ذلك لان الجناية وقعت غير موجبه
للقصاص من الاصل لعدم الامكان الاستيفا على وجه المماثلة على ما بينا فكان الاقتصار
على البعض استيفا لما لا حق له فيه فيمنع من ذلك كما لو شجه منقلة فقال المشجوج انا
موضحة واترك ارش ما زاد لم يكن له ذلك وكذلك اذا كسر بعض سن انسان واسود
ما بقى فليس فى شى من ذلك قصاص لان قصاصه هو كسر مسود للبا فى وذلك غير ممكن
ولان الجناية واحدة فلا توجب ضمانين مختلفين ولو قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى
فلا قصاص فى شى من ذلك فى قول ابى حنيفة وعليه دية الاصبعين وقال ابو يوسف ومحمد
وزفر والحسن فى الاول القصاص وفى الثانى الارش وجه قولهم ان المحل متعدد والفعل
متعدد بتعدد المحل حكما وان كان متحدا حقيقة لتعدد اثره وها هنا تعدد الاثر
فيجعل فعلين فيرد كل واحد منهما بحكمه فيجب القصاص فى الاول والدية فى الثانى كما
قطع اصبع انسان فانسل السكين الى اصبع اخرى خطا فقطعها حتى يجب القصاص فى الاول
والدية فى الثانى وكما لو رمى لما قلنا كذلك ها هنا وكما تعددت الجناية يفرد كل واحد منهما
بحكمها فيجب القصاص فى الاول والارش فى الثانية وجه قول ابى حنيفة ما ذكرنا ان
المستحق فيما دون النفس هو المثل والمثل وهو القطع المشل ها هنا غير مقدور الاستيفا
فلا يثبت الاستحقاق ولان الجناية متحدة حقيقة وهى قطع الاصبع وقد تعلق به ضمان
المال فلا يتعلق به ضمان القصاص بخلاف ما اذا قطع اصبعا عمدا فنفذ السكين الى
اخرى خطا لان الموجود هناك فعلان حقيقة فجاز ان يفرد كل واحد منهما بحكم وفى مسئلة
الرمى جعل الفعل المتحد حقيقة متعددا شرعا بخلاف الحقيقة ومن ادعى خلاف الحقيقة
هنا يحتاج الى الدليل ولو قطع اصبعا فسقطت الى جنبها اخرى فلا قصاص فى شى من ذلك فى
قول ابى حنيفة وعند ابى يوسف ومحمد فى ظاهر الرواية عنهما يجب فى الاول القصاص وفى الثانى

الارش

الارش وفى رواية ابن سماعة عن محمد انه يجب القصاص فيهما لان من اصله على هذه الرواية ان
الجراحة التى فيها القصاص اذا تولد منها ما يمكن فيه القصاص يجب القصاص فيهما جميعا وها هنا
يمكن وفيما اذا قطع اصبعا فشلت اخرى بجنبها لا يمكن فوجب القصاص فى الاولى والارش فى الثانية
وجه ظاهر قولهما على نحو ما ذكرنا فيما تقدم ان المحل متعدد وانه موجب تعدد الفعل عند
تعدد الاثر وقد وجد ها هنا فيجعل كجنايتين مختلفتين تتعلق بكل واحدة منهما حكمها ولابى
حنيفة انه لا سبيل الى استيفا القصاص على وجه المماثلة لان ذلك هو القطع المسقط
للاصبع وذلك غير ممكن ولان الجناية واحدة حقيقة فلا توجب الا ضمانا واحدا وقد
وجب المال فلا يجب القصاص ولو قطع اصبع رجل عمدا فسقطت الكف من المفصل
فلا قصاص فى ذلك فى قول ابى حنيفة وفيه دية اليد لان استيفا المثل وهو القطع
المسقط للكف متعذر فيمتنع الوجوب ولان الكف مع الاصبع كعضو واحد فكانت
الجناية واحدة حقيقة وحكما وقد تعلق بها ضمان المال فلا يتعلق بها القصاص وقال
ابو يوسف يقتص منه فيقطع يده من المفصل فرق ابو يوسف بين هذا وبينما اذا قطع
اصبعا فسقطت اخرى الى جنبها انه لا يجب القصاص فى الثانية لان الاصبع جزء من
الكف والسراية يتحقق من الجزء الى الجملة كما يتحقق من اليد الى النفس والاصبعان
عضوان مفردان ليس احدهما جزء الاخر فلا يتحقق السراية من احدهما الى الاخر فوجب
القصاص فى الاولى دون الثانية وعلى ما روى عن محمد فى النوادر يجب القصاص
ها هنا ايضا كما قال ابو يوسف لانه جناية واحدة وقد سرت الى ما يمكن القصاص فيه
فيجعل كانه قطع الكف من الزند ولو كسر بعض سن انسان فسقطت لا قصاص فيه
فى قول ابى حنيفة رحمه الله لانه لا يمكن الاقتصاص بكسر مسقط للسن وقال ابو
يوسف يجب القصاص كما قال فى الاصبع اذا قطعت فسقطت منها الكف وكذلك
عند محمد يجب القصاص على رواية النوادر لما ذكرنا من اصله وكذلك لو ضرب
سن انسان فتكسر بعضها وتحرك الباقى واستوفى حولا انها ان اسودت فلا قصاص
فيها لتعذر استيفا المثل وهو الكسر المسود وان سقطت فكذلك فى قول ابى حنيفة
وفيها الارش لعدم امكان استيفا المثل وهو الكسر المسقط فيجب فيها الارش وقال
ابو يوسف فيها القصاص كما قال فى الاصبع اذا قطعت فسقطت الكف ولو شج انسانا
موضحة متعمدا فذهبت منها بصره فلا قصاص فى قول ابى حنيفة وفيهما فى البصر الارش
وقال ابو يوسف ومحمد فى موضحة القصاص وفى البصر الدية هذه رواية الجامع الصغير
عن محمد وروى ابن سماعة فى نوادره عنه ان فيهما جميعا القصاص وجه هذه الرواية
انه تولد من جناية العمد الى عضو يمكن فيه القصاص فيجب فيه القصاص كما اذا
سرى الى النفس وجه ظاهر قولهما ان تلف البصر حصل من طريق التسبيب لا من طريق
السراية الى النفس انه لا يبقى قطعا بل يبصر قتلا وهنا الشجة لم يسغر بل بقيت شجة
كما كانت فدل ان ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبيب والجناية
بطريق التسبيب لا توجب القصاص كما فى حفر البير ونحو ذلك ولو ذهبت عيناه
ولسانه وسمعه وجماعه فلا قصاص فى شى من ذلك على اصل ابى حنيفة وعلى قولهما
فى الموضحة القصاص ولا قصاص فى العينين على ظاهر قولهما بل فيهما الارش وعلى رواية

النوادر عن محمد فيهما القصاص دون اللسان والسمع والجماع لانه لا يمكن فيهما القصاص
اذ لا قصاص في ذهاب منفعة اللسان والسمع والجماع وفي ذهاب البصر قصاص
في التوبيه ولو ضربه بعصا فاوضحه ثم عاد فضربه اخرى الى جنبها ثم تاكلتا حتى صارت
واحدة فهما موضحتان ولا قصاص فيهما اما على اصل ابي حنيفة فلعدم امكان استيفا المثل
وهما شجتان موضحتان تاكل بينهما واما على اصلهما فلان ما تاكل بين الموضحتين يكون بسبب
الجراحة والاتلاف تسبيبا لا يوجب القصاص والله الموفق ولا قصاص في العين اذا
قورت او فسخت لانا اذا فعلنا ما فعل وهو التعوير والفسخ لا يمكن استيفا المثل
اذ ليس له حد معلوم وان ذهب ضوءه فلم يفعل مثل ما فعل فتعذر الاستيفا بصفة
المماثلة فامتنع الوجوب وصار كمن قطع يد انسان من الساعد انه لا يجب القصاص
لانه سبيل الى القطع من الساعد ولا من الزند لما قلنا فامتنع الوجوب كذا هذا وان
ضرب عليها فذهب ضوءها مع بقا الحدقة على حالها لم ينخسف ففيها القصاص لقوله
تعالى والعين بالعين ولان الاستيفا على سبيل المماثلة ممكن بان يجعل على وجهه القطن
المبلول ويحمى المراة ويقرب من عينه حتى يذهب ضوءها وقيل اول من اهتدى
الى ذلك علي رضي الله عنه فانه روي انه وقعت هذه الحادثة في زمن عثمن رضي الله
عنه فجمع الصحابة وشاورهم في ذلك فلم يكن عندهم حكمها حتى جا علي رضي الله عنه
واشار الى ما ذكرنا فلم ينكر عليه احد فقضى به عثمن بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
فيكون اجماعا وان انخسفت فلا قصاص لان الثاني قد لا يقع خاسفا بها فلا يكون
مثل الاول وروي عن ابي يوسف انه لا قصاص في عين الاحول لان الحول نقص في العين
فيكون استيفا الكامل بالناقص فلا يتحقق المماثلة ولهذا لا يقطع اليد الصحيحة
باليد الشلا كذا هذا ولا قصاص في الاشفار والاجفان لانه لا يمكن استيفا المثل
فيها واما الاذن فان استوعبها ففيها القصاص لقوله تعالى والاذن بالاذن
ولان استيفا المثل فيها ممكن فان قطع بعضها فان كان له حد يعرف ففيه القصاص
والا فلا واما الانف فان قطع المارن ففيه القصاص بلا خلاف بين اصحابنا لقوله
تعالى والانف بالانف وان استيفا المثل فيه ممكن لان له حدا معلوما وهو ما لان
منه فان قطع بعض المارن فلا قصاص فيه لتعذر استيفا المثل وان قطع نصف
قصبة الانف فلا قصاص فيه لانه عظم ولا قصاص في العظم ولا في السن لما نذكر
وقال ابو يوسف ان استوعب ففيه القصاص وقال محمد لا قصاص فيه وان استوعب
ولا خلاف بينهما في الحقيقة لان ابا يوسف اراد به استيعاب المارن وفيه القصاص
بلا خلاف ومحمد اراد به استيعاب القصبة ولا قصاص فيها بلا خلاف واما الشفة
فقد روي عن ابي حنيفة انه قال اذا قطع شفة رجل السفلى او العليا وكان يستطاع
ان يقتص منه ففيه القصاص وذكر الكرخي انه اذا استقصاها بالقطع ففيها القصاص
لامكان استيفا المثل عند الاستقصا وان قطع بعضها فلا قصاص فيه لعدم
الامكان ولا قصاص في عظم الا في السن لانه لا يعلم موضعه ولا يؤمن فيه عن
التعدي ايضا وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قصاص في عظم
ولا في السن القصاص سوا كسر او قلع لقوله تعالى والسن بالسن ولانه يمكن استيفا

المثلية

المثل فيه بان يوجد في الكسر من سن الكاسر مثل ما كسر بالمبرد وفي القلع يوخذ سنه
بالمبرد الى ان ينتهي الى اللحم ويسقط ما سوى ذلك وقيل في القلع انه يقلع سنه لا يتحقق
المماثلة فيه والاول استيفا على وجه النقصان الا ان في القلع احتمال الزيادة
لانه لا يومن فيه ان يفعل المقلوع اكثر مما فعل القالع واما اللسان فان قطع بعضه
فلا قصاص فيه لعدم امكان استيفا المثل وان استوعب فقد ذكر في الاصل ان
اللسان لا يقتص فيه وقال ابو يوسف فيه القصاص وجه قوله ان القطع اذا كان
مستوعبا امكن استيفا المثل فيه بالاستيعاب فيكون الجزا مثل الجناية وجه ما
ذكر في الاصل ان اللسان ينقبض وينبسط فلا يمكن استيفا القصاص فيه بصفة
المماثلة وان قطع الحشفة ففيها القصاص لامكان استيفا المثل لان لها حدا معلوما وان
قطع بعضها او بعض الذكر فلا قصاص فيه لانه لا حد لذلك فلا يمكن القطع بصفة
المماثلة فصار كما لو قطع بعض اللسان ولو قطع الذكر كله من اصله ذكر في الاصل
انه لا قصاص فيه وقال ابو يوسف فيه القصاص وجه قوله ان عند الاستيعاب يمكن
الاستيفا على وجه المماثلة فيجب القصاص وجه ما ذكر في الاصل ان الذكر ينقبض
مرة وينبسط اخرى فلا يمكن مراعاة المماثلة فيه فلا يجب القصاص ولا قصاص في
جز شعر الراس وحلقه وحلق الحاجبين والشارب واللحية وان لم ينبت بعد الحلق
والنتف اما الجز فلانه لا يعلم موضعه فلا يمكن اخذ المثل واما الحلق والنتف الموجود
من الحالق والناتف فلان المستحق حلق غير منبت وذلك ليس في وسع المحلوق
والمنتوف لجواز ان يقع حلقه ونتفه منبتا فلا يكون مثل الاول وذكر في النوادر
انه يجب القصاص اذا لم ينبت ولم يذكر حكم ثدي المراة انه هل يجب القصاص ام لا
وكذا لم يذكر حكم الانثيين في وجوب القصاص فيهما وينبغي ان لا يجب القصاص
فيهما لان كل ذلك ليس له مفصل معلوم فلا يمكن استيفا المثل واما حلمة ثدي
المراة فينبغي ان يجب القصاص فيها لان لها حدا معلوما فيمكن استيفا المثل فيها
كالحشفة ولو ضرب على راس انسان حتى ذهب عقله او سمعه او كلامه او
شمه او ذوقه او جماعه او ماء صلبه فلا قصاص في شي من ذلك لانه لا يمكنه ان
يضرب ضربا يذهب به هذه الاشيا فلم يكن استيفا المثل ممكنا فلا يجب
القصاص وكذلك لو ضرب على يد رجل او رجله فشلت لا قصاص عليه لانه لا
يمكنه ان يضرب ضربا مثله فلم يكن المثل مقدور الاستيفا فلا يجب القصاص
والله اعلم واما الشجاج فلا خلاف في انه في الموضحة منها القصاص لعموم قوله تعالى
والجروح قصاص الا ما خص بدليل ولانه يمكن استيفا القصاص فيها على سبيل
المماثلة لان لها حدا ينتهي اليه السكين وهو العظم والمنقلة تهشم وتنقل بعد الهشم
ولا قصاص في هشم العظم لما بينا ولا آمة لا يؤمن فيها من ان ينتهي السكين الى الدماغ
فلا يمكن استيفا القصاص في هذه الشجاج على وجه المماثلة فلا يجب القصاص بخلاف
الموضحة واما ما قبل الموضحة فقد ذكر محمد رحمه الله في الاصل انه يجب القصاص
في الموضحة والسمحاق والباضعة والدامية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا
قصاص في الشجاج الا في الموضحة والسمحاق ان امكن القصاص في السمحاق وروي عن ابراهيم

النخعي انه قال ما دون الموضحة خدوش فيها حكم عدل وكذا روي عن عمر بن عبد العزيز
وعن الشعبي انه قال ما دون الموضحة فيه اجرة الطبيب وجه رواية الحسن ان ما دون
الموضحة مما ذكرنا لا حد له ينتهي اليه السكين فلا يمكن الاستيفا بصفة المماثلة ووجه
رواية الاصل ان استيفا المثل فيه ممكن لانه يمكن معرفة قدره بان تسبر غور الجراحة بالمسبار
ثم اذا عرف قدره به تعمل حديدة على قدره فينفذ في اللحم الى اخرها فيستوفى مثله
مثل ما فعل ثم يجب فيه القصاص من الشجاج لا يقتص من الشاج الا في موضع الشجة
من المشجوج من مقدم راسه ومؤخره ووسطه وجنبيه لان وجوب القصاص للشين
الذي يلحق المشجوج واذا يختلف باختلاف المواضع من الراس الا ترى ان الشين في
مؤخر الراس لا يكون مثل الشين في مقدمه ولهذا يستوفى على مساحة الشجة من طولها
وعرضها ما امكن لاختلاف الشين باختلاف الشجة في الصغر والكبر وعلى هذا يخرج
ما اذا شج رجلا موضحة فاخذت الشجة ما بين قرني المشجوج وهي لا تاخذ ما بين قرني
الشاج لصغر راس المشجوج وكبر راس الشاج انه لا يستوعب ما بين قرني الشاج في القصاص
لان في الاستيعاب استيفا الزيادة وفيه زيادة شين وهذا لا يجوز ولكن يخير
المشجوج ان شا اقتص من الشاج حتى يبلغ مقدار شجته في الطول ثم يكف وان شا
عدل الى الارش لانه وجد حقه ناقصا لان الشجة الاولى وقعت مستوعبة والثانية
لا يمكن استيعابها فيثبت له الخيار فان شا استوفى حقه ناقصا لشفا الصدر وان
شا عدل الى الارش كما قلنا في الاشل اذا قطع يد الصحيح واذا اختار القصاص
له ان يبدا من اي الجانبين شا لان كل ذلك حقه فله ان يبتدي من ايهما شا وان
كانت الشجة تاخذ ما بين قرني المشجوج ولا تفضل وهي تاخذ ما بين قرني الشاج و
تفضل عن قرنيه لكبر راس المشجوج وصغر راس الشاج فالمشجوج بالخيار ان شا اخذ
الارش وان شا اقتص ما بين قرني الشاج لا يزيد على ذلك شيا لانه لا سبيل الى استيفا
الزيادة على ما بين قرني الشاج لانه ما زاد على ما بين قرني المشجوج فلا يزاد على ما بين
قرنيه فيخير المشجوج لانه وجد حقه ناقصا اذ الثانية دون الاولى في قدر الجراح
فان شا رضي باستيفا حقه ناقصا واقتصر على ما بين قرني الشاج طلبا للتشفي وان
شا عدل الى الارش وان كانت الشجة لا تاخذ بين قرني المشجوج وهي تاخذ ما بين
قرني الشاج لا يجوز ان يستوعب ما بين قرني الشاج كله بالقصاص لان الشجة
الاولى وقعت غير مستوعبة فالاستيعاب في الثانية يكون زيادة وهذا لا يجوز وان
كان ذلك مقدار شجته في المساحة كما لا يجوز استيفا ما فضل عن قرني الشاج
في المسالة الاولى وان كان ذلك مقدار شجته في المساحة كما يجوز استيفا الشجة الاولى
في المساحة وله الخيار لتعذر استيفا مثل شجته في مقدارها في المساحة في الطول
فان شا اقتص وينقص عما بين قرني الشاج وان شا ترك واخذ الارش وان كانت الشجة
في طول راس المشجوج وهي تاخذ من جبهته الى قفاه ولا يبلغ من الشاج الى قفاه يخير
المشجوج ان شا اقتص مقدار شجته الى مثل موضعها من راس الشاج لا يزيد عليه
وان شا اخذ الارش لما بينا فيما تقدم وحكى الطحاوي عن علي بن العباس الرازي انه قال
اذا استوعبت الشجة ما بين قرني المشجوج ولا تستوعب ما بين قرني الشاج يقتص من

الشاج ما بين قرنيه كله وان زاد ذلك على طول الشجة الاولى لانه لا عبرة للصغر والكبر
في القصاص بين العضوين كما في اليدين والرجلين انه يجري القصاص بينهما وان كانت
احديهما اكبر من الاخرى فكذا في الشجة وهذا الاعتبار غير سديد لان وجوب القطع
هناك لفوات المنفعة فانها لا تختلف بالصغر والكبر الا ترى ان اليد الصغيرة قد تكون
اكثر منفعة من الكبيرة فاذا لم تختلف ما وجب له لم يختلف الوجوب بخلاف الشجة
لان وجوب القصاص فيها للشين الذي يلحق المشجوج وانه يختلف فيزداد بزيادة
الشجة وينتقص بنقصانها لذلك افترق الامران والله اعلم الموفق للصواب واما الجراح
فان مات من شي منها المجروح وجب القصاص لان الجراحة صارت بالسراية نفسا وان لم
يمت فلا قصاص في شي منها سوا كانت جايفة او غيرها لانه لا يمكن استيفا القصاص
فيها على وجه المماثلة ومنها ان يكون الجاني والمجني عليه حرين فان كان احدهما حرا والاخر
عبدا او كانا عبدين فلا قصاص فيه ومنها ان يكونا ذكرين او انثيين عندنا فان كان
احدهما ذكرا والاخر انثى فلا قصاص فيه عند اصحابنا وعند الشافعي هذا ليس
بشرط ويجري القصاص بين الذكر والانثى فيما دون النفس كما يجري في النفس وهذان
الشرطان في الحقيقة عندنا مفرعان على خلاف لانهما دخلا في شرط المماثلة لان المماثلة
في الارش شرط وجوب القصاص فيما دون النفس بدليل ان الصحيح لا يقطع بالاشل
ولا الكامل الاصابع بناقص الاصابع ولما ذكرنا فيما تقدم ان ما دون النفس يسلك
به مسلك الاموال والمماثلة في الاموال في باب الاموال معتبرة ولم توجد المماثلة بين
الاحرار والعبيد في الارش لان الارش طرف العبد ليس بمقدر بل يجب باعتبار قيمته
وارش طرف الحر مقدر فلا توجد التساوي بين ارشيهما فلئن اتفق استواؤها في القدر
فلا يعتبر ذلك لان قيمة طرف العبد تعرف بالحزر والظن بتقويم المقومين فلا تعرف
المساواة فلا يجب القصاص وكذا لم يوجد بين العبيد والعبيد لانهم ان اختلفت
قيمهم فلم يوجد التساوي في الارش وان استوت قيمهم فلا يعرف ذلك الا بالحزر والظن
لانه لا يعرف بتقويم المقومين وذلك يختلف ولا يعرف التساوي في اروشهم فلا يجب
القصاص ويبقى فيه شبهة العدم والشبهة في باب القصاص ملحقة بالحقيقة ولا بين
الذكور والاناث فيما دون النفس لان ارش الانثى نصف ارش الذكر وعند الشافعي
المساواة في الارش في الاحرار غير معتبرة ووجه قوله ان القصاص جرى بين نفسيهما فيجري
بين طرفيهما لان الطرف تابع للنفس ولنا انه لا مساواة بين ارشيهما فلا قصاص في طرفيهما
كالصحيح مع الاشل ولا قصاص في الاطراف لانعدام المساواة في اروشها لان ارش
الطرف الحكومة وانها تعرف بالحزر والظن والله اعلم **فصل** واما كون الجناية فيما
دون النفس بالسلاح فليس بشرط لوجوب القصاص فيه فسوا كانت بسلاح او
غيره يجب فيه القصاص لانه ليس فيما دون النفس شبه عمد وانما فيه عمد او خطا
لما ذكرنا فيما تقدم فاستوى فيهما السلاح وغيره هذا الذي ذكرنا شرايط وجوب القصاص
فيما دون النفس واما بيان وقت الحكم بالقصاص فيما دون النفس فوقته ما بعد البرء
فلا يحكم بالقصاص فيه ما لم يبرا وهذا عندنا وعند الشافعي وقته ما بعد الجناية ولا ينتظر
وجه قوله انه وجب القصاص للحال فله ان يستوفي الواجب للحال ولنا ما روي عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستقاد من الجراحة حتى تبرا وروى ان رجلا جرح حسان بن ثابت
رضي الله عنه في فخذه بعظم فجا الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلبوا القصاص
فقال عليه السلام انظروا ما يكون من صاحبكم فانا والله منتظره وهو انه تحتمل السراية
والجراحة عند السراية تصير قتلا فيتبين انه استوفى غير حقه وهذا فرع مسئلة ذكرناها
وهي ان المجروح اذا مات بالجراحة يجب القصاص في النفس عندنا لا في الطرف وعند الشافعي
يفعل به مثل ما فعل **فصل** واما الذي فيه دية كاملة فالكلام فيه في موضعين احدهما
في بيان سبب الوجوب وفي بيان شرايطه اما السبب فهو تفويت المنفعة المقصودة
من العضو على الكمال وهو تفويت منفعة الجنس وتفويت الجمال على الكمال وذلك في الاصل
باحد امرين ابانة العضو واذهاب معنى العضو مع بقا العضو صورة اما الاول
فالاعضا التي تتعلق بابانتها كمال الدية انواع ثلاثة نوع لا نظير له في البدن ونوع
في البدن منه اثنان ونوع في البدن منه اربعة اما الذي لا نظير له في البدن فستة
اعضا احدها الانف سوا استوعب جدعا او قطع المارن منه وحده وهو ما لان من
الانف والثاني اللسان سوا استوعب قطعا او قطع منه ما يذهب بالكلام كله والثالث
الذكر سوا استوعب قطعا او قطعت منه وحدها والاصل فيه ما روي عن سعيد بن
المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية
وفي الذكر الدية وفي الانف الدية وفي المارن الدية وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كتب في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه وفي النفس الدية وفي الانف الدية وفي اللسان
الدية لانه ابطل المنافع المقصودة من هذه الاعضا والجمال ايضا من بعضها فالمقصود
من الانف الشم والجمال ايضا ومن اللسان الكلام ومن الذكر الجماع والشفة يتعلق بها
منفعة الانزال ذلك كله بالقطع وان كان ذهب بعض الكلام بقطع بعض اللسان
دون بعض ففيه حكومة العدل لانه لم يوجد تفويت المنفعة على سبيل الكمال
وقيل يقسم الدية على عدد حروف الهجا فيجب من الدية بقدر ما فات من الحروف ونقلت
هذه القضية عن علي رضي الله عنه لان المقصود من اللسان هو الكلام وقد فات
بعضه دون بعض فيجب من الدية بقدر الفايت منها لكن انما يدخل في القسمة
الحروف التي تفتقر الى اللسان فاما ما لا يفتقر الى اللسان من الشفوية والحلقية كالبا
والفا والها ونحوها فلا يدخل في القسمة والرابع الصلب اذا احدودب بالضرب او
انقطع الما وهو المني فيه دية كاملة لوجود تفويت منفعة الجنس والخامس مسلك البول
والسادس مسلك الغايط من المراة اذا افضاها انسان فصارت لا تستمسك البول
او الغايط فعليه دية كاملة وان صارت لا تستمسكهما فعليه لكل واحد منهما دية كاملة
لانه فوت منفعة مقصودة بالعضو على الكمال فيجب عليه كمال الدية واما الاعضا
التي في البدن منها اثنان فالعينان والاذنان والشفتان والحاجبان اذا ذهب
شعرهما ولم ينبت والثديان والحلمتان والانثيان والاصل فيه ما روي عن سعيد
بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في الاذنين الدية وفي العينين الدية
وفي الرجلين الدية ولان في قطع كل اثنين من هاذين العضوين تفويت منفعة الجنس
منفعة مقصودة او تفويت الجمال على الكمال كمنفعة البصر في العينين والبطش في اليدين

والمثنى في الرجلين والجمال في الاذنين والحاجبين اذا لم ينبتا والشفتين ومنفعة امساك
الريق في احديهما وهي السفلى والثديان وكان اللبن وفي الحلمتين منفعة الرضاع والانثيان
وكالمني واما الاعضا التي في البدن منها اربعة فنوعان احدهما اشفار العينين وهي منابت
الاهداب اذا لم تنبت لما في تفويتها تفويت منفعة والجمال ايضا على الكمال وفي كل شفر منها
ربع الدية والثاني الاهداب وهي شعر الاشفار اذا لم تنبت لما قلنا واما اذهاب معنى
العضو مع بقايه صورة فنحو العقل والسمع والبصر والكلام والشم والذوق والجماع
والايلاد بان ضرب على انسان فذهب عقله او سمعه او كلامه او شمه او ذوقه او جماعه
او ايلاده بان ضرب على ظهره فذهب ما صلبه والاصل فيه ما روي عن عمر رضي الله عنه
انه قضى في رجل واحد باربع ديات ضرب على راسه فذهب عقله وكلامه وبصره وذكره
ولانه فوت المنافع المقصودة من هذه الاعضا على سبيل الكمال اما العقل فلان تفويته
تفويت منافع الاعضا كلها لانه لا يمكن الانتفاع بها فيما وضعت له بفقدت العقل الا ترى
ان افعال المجانين تخرج مخرج افعال البهايم فكان اذهابه ابطالا للنفس معنى واما السمع
والبصر والكلام والشم والذوق والجماع والايلاد فلكل واحد منها منفعة مقصودة
وقد فوتها كلها ولو ضرب على راس رجل فسقط شعره او على راس امراة فسقط شعرها
او حلق شعر لحية رجل او نتفها او حلق شعر امراه ولم ينبت فان كان حرا ففيه الدية
عند اصحابنا وعند الشافعي فيه حكومة وجه قوله ان كمال الدية الا بالاتلاف
النفس لان الدية بدل النفس الا ان الشرع ورد بذلك عند تفويت منفعة الجنس
كما في قطع اليدين والرجلين ونحو ذلك لان تفويت منفعة الجنس يجعل النفس تالفة
من وجه ولم يوجد ذلك في حلق الشعر فبقي الحكم فيه مردودا الى الاصل ولهذا لم يجب
في حق شعر البدن ولنا ان الشعر للنسا والرجال جمال كامل وكذا اللحية للرجال
والدليل عليه ما روي من الحديث ان لله تعالى في سما الدنيا ملايكة من تسبيحهم سبحان
الذي زين الرجال باللحى والنسا بالذوايب وتفويت الجمال على الكمال في حق الحر موجب
كمال الدية كالمارن والاذن الشاخصة والجماع بينهما اظهار شرف الادمي وكرامته
وشرفه في الجمال فوق شرفه في المنافع ثم تفويت المنافع على الكمال لما اوجب كمال الدية
فتفويت الجمال على الكمال اولى بخلاف شعر ساير البدن لانه لا جمال فيه على الكمال لانه
لا يظهر للناس فتفويته لا يوجب كمال الدية وقد روي عن علي رضي الله عنه انه قال
في الراس اذا حلق فلم ينبت الدية كاملة وكذا روي عنه انه قال في اللحية اذا حلقت
فلم تنبت الدية وروي ان رجلا اعلا ما قصبة على راس رجل فانسلخ جلد راسه
فقضى علي رضي الله عنه بالدية وعن الفقيه ابي جعفر الهندواني رحمه الله انه قال
انما يجب كمال الدية في اللحية اذا كانت كاملة بحيث يتجمل بها ثم فيها وان كانت غير
متوفرة بحيث يقع بها الجمال الكامل وليست مما يشين ففيها حكومة عدل واما شعر
العبد ولحيته فذكر في الاصل ان فيه حكومة وروى الحسن عن ابي حنيفة ان فيه القيمة
وجه هذه الرواية ان القيمة في العبيد كالدية في الاحرار فلما وجبت في الحر الدية تجب
في العبد القيمة وجه رواية الاصل ان الجمال في العبيد ليس بمقصود بل المقصود منهم الخدمة
وتفويت ما ليس بمقصود لا يتعلق به كمال الدية ولو حلق راس انسان او شعره ثم نبت فلا شي عليه

لان النابت قايم مقام الفايت فكانه لم يفت الجمال اصلا وفي الصعر وهو اعوجاج الرقبة
كمال الدية لوجود تفويت منفعة مقصودة وتفويت الجمال على الكمال واما شرايط الوجوب
فمنها ان يكون الجناية خطا فيما في عمده القصاص واما ما لا قصاص في عمده فيستوي فيه
العمد والخطا وقد بينا ما في عمده القصاص وما لا قصاص فيه فيما تقدم ومنها ان يكون
المجني عليه ذكرا فان كان انثى فعليه دية الانثى وهو نصف دية الذكر سوا كان الجاني ذكرا
او انثى لاجماع الصحابة على تنصيف دية الانثى من دية الذكر على ما ذكرنا في دية النفس
ومنها ان يكون الجاني ذكرا وانثى لاجماع الصحابة والمجني عليه حرين فان كان الجاني
حرا والمجني عليه عبدا فلا دية فيه وفيه القيمة في قول ابي حنيفة رحمه الله عليه ثم ان
كان قليل القيمة وجب جميع قيمته وان كان كثير القيمة بان بلغت الدية ينقص من قيمته
عشرة كذا روى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه قال كل شي من الحر فيه الدية فهو من العبد فيه
القيمة وكل شي من الحر فيه نصف الدية فهو من العبد فيه نصف القيمة وكذلك الجراحات
وعموم هذه الرواية يقتضي ان كل شي من الحر فيه تقدير من الدية ففي العبد فيه ذلك
القدر من قيمته من غير فصل بين ما يقصد به المنفعة كالعين واليد والرجل وبين ما
يقصد به الجمال والزينة مثل الحاجب والشعر والاذن وهكذا روى الحسن عنه انه
ان حلق احد حاجبيه فلم ينبت او نتف اشفار عينيه الاسفل الا والاعلى يعني اهدابه
فلم تنبت او قطع احدى شفتيه العليا او السفلى ان عليه في كل واحد من ذلك نصف
القيمة وقال ابو يوسف رجع ابو حنيفة في حاجب العبد وفي اذنيه وقال فيه حكومة
العدل وكذا قال محمد رحمه الله استقبح ابو حنيفة ان يضمن في اذن العبد نصف القيمة
وهذا دليل الرجوع ايضا والحاصل ان الواجب فيما يقصد به المنفعة هو القيمة
رواية واحدة عنه وفيما يقصد به الزينة والجمال عنه روايتان وقال محمد الواجب
في ذلك كله النقصان يقوم العبد مجنيا عليه ويقوم وليس به الجناية فيغرم الجاني
فضل ما بين القيمتين وهو قول ابي يوسف الاخير وقوله الاول مع ابي حنيفة وجه
قول محمد ان ما دون النفس من العبد له حكم المال لانه خلق لمصلحة النفس كالمال
وبدليل انه لا يجب فيه القصاص ولا تتحمله العاقلة فكان ضمانه ضمان الاموال
وضمان الاموال غير مقدر بل يجب بقدر نقصان المال كما في ساير الاموال وجه رواية
الجمع لابي حنيفة ان القيمة في العبد كالدية في الحر فلما جاز تقدير ضمان جناية الحر
بديته جاز تقدير ضمان جناية العبد بقيمته ولان التقدير قد دخل على الجناية عليه
في النفس حتى لا يبلغ الدية اذا كان كثير القيمة فجاز ان يدخل في ضمان الجناية فيما دون
النفس كالحر وجه رواية الفرق ان الجمال ليس بمقصود في العبيد بل المقصود منهم
الخدمة فاما المنفعة فمقصودة من الاحرار والعبيد جميعا ولان ما دون النفس من
العبد له شبه النفس وشبه المال اما شبه النفس فظاهر لانه من اجزا النفس حقيقة
واما شبه المال فانه لا يجب فيه القصاص ولا تتحمله العاقلة فيجب العمل بالشبهين
فيعمل بشبه النفس فيما يقصد به المنفعة بتقدير ضمانه بالقيمة كما لو جني على النفس
ويعمل بشبه المال فيما يقصد به الجمال فلم يقدر ضمانه بالقيمة كما اذا اتلف المال بالشبهين
بقدر الامكان وقد خرج الجواب عما ذكر محمد رحمه الله من عدم وجوب القصاص وتحمل

العاقلة لان ذلك عمل بشبه المال وانه لا ينفي العمل بشبه النفس فيجب العمل
بهما جميعا وذلك فيما قلنا ثم الحر اذا فقا عيني عبد انسان او قطع يديه او رجليه حتى
وجب عليه كمال القيمة فمولاه بالخيار ان شا سلمه الى الفاقي واخذ قيمته وان شا امسكه
ولا شي له وقال ابو يوسف ومحمد له ان يمسكه وياخذ ما نقصه وقال الشافعي له ان
يمسكه وياخذ جميع القيمة وجه قول الشافعي ان الواجب وهو القيمة ضمان العضوين
الفايتين لا غير فيبقى الباقي على ملكه كما لو فقا احدى عينيه او قطع احدى يديه انه يضمن
نصف قيمته ويبقى الباقي على ملك مالكه كذا هذا وجه قولهما ان الضمان بمقابلة العينين
كما قال الشافعي لكن الرقبة هلكت من وجه لفوات منفعة النفس فيخير المولى ان شا
مال الى جهة الهلاك وضمنه القيمة وسلم العبد الى الفاقي لوصول عوض الرقبة اليه
وان شا مال الى جهة القيام وامسكه وضمن النقصان وهو بدل العينين كما يخير صاحب
المال عند النقصان الفاحش في المواضع كلها ولابي حنيفة انه لما وصل الى المولى بدل
النفس فلو بقي العبد على ملكه لاجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فيما يصح تمليكه
بعقود المعاوضات وهذا لا يجوز كما لا يجوز اجتماع المبيع والثمن في ملك رجل واحد
فيها ولا يلزم ما اذا غصب مدبرا فابق من يده ان المولى يضمنه قيمته والمدبر على ملكه
لانه لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة ولا يلزم الهبة بشرط العوض اذا سلم
الهبة ولم يقبض العوض انه اجتمع على ملك الموهوب له العوض والمعوض لان العوض
قبل القبض لا يكون قبضا عوضا فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم البيع الفاسد
اذا قبض المشتري المبيع ولم يسلم الثمن لان الثمن ليس ببدل في البيع الفاسد انما البدل
القيمة وقد ملكها البايع حين ملك المشتري المبيع فلم يجتمع البدل والمبدل في ملكه
ولا يلزم ما اذا اشترى عبدا بجارية على انه بالخيار فقبض العبد فاعتقهما جميعا
انه ينفذ اعتاقه فيهما جميعا وقد اجتمع العوض والمعوض على ملكه لانه لما اعتقهما
فسد البيع في الجارية وصار العوض عن العبد القيمة وملكها البايع في مقابلة ملك
العبد فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم ما اذا استاجر شيا وعجل الاجرة ان المواجر
ملكها والمنافع على ملكه فقد اجتمع البدل والمبدل في ملك واحد لان المنافع
لا تملك عندنا الا بعد وجودها وكلما وجد جزو منها حدث على ملك المستاجر فلم
يجتمع العوض والمعوض على ملك المواجر ولا يلزم ما اذا غصب عبدا فجنى عنده جناية
ثم رده على مولاه فجنى عنده جناية اخرى ودفعه بالجنايتين انه يرجع على الغاصب
بنصف القيمة فيدفعها الى ولي الجناية الاولى ومعلوم ان نصف القيمة عوض عن
نصف الرقبة الذي سلم له فقد اجتمع في ملكه وهو نصف العبد العوض والمعوض
لان الممتنع اجتماع العوض والمعوض في ملك رجل بعقد المعاوضة ولم يوجد هناك
لان ولي الجناية انما ياخذ عوضا عن جنايته لا عن المال واجتماع العوض والمعوض
في ملك رجل واحد بغير عقد المعاوضة جايز كمن استوهب المبيع من البايع والثمن من
المشتري او ورثهما والله اعلم وان كان الجاني عبدا والمجني عليه حرا او كانا جميعا عبدين
فحكم هذه الجناية وجوب الدفع الا ان يختار المولى الفدا على ما ذكرنا في جنايات العبد
والله اعلم **فصل** واما الذي يجب فيه ارش مقدر ففي كل اثنين من البدن فيهما كمال

الدية في احدهما نصف الدية من احدى العينين واليدين والرجلين والاذنين والحاجبين
اذا لم ينبت والشفتين والانثيين والثديين والحلمتين لما روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي احدهما نصف
الدية وفي اليدين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان كل الدية عند قطع العضوين
تقسم عليهما فيكون في احدهما النصف لان وجوب الكل في العضوين لتفويت كل المنفعة
المقصودة من العضوين والفايت بقطع احدهما النصف فيجب فيه نصف الدية
ويستوي فيه اليمين واليسار لان الحديث لا يوجب الفصل بينهما وسوا ذهب بالجناية
على العين نور البصر دون الشحمة او ذهبت مع الشحمة لان المقصود من العين البصر
والشحمة فيه تابعة وكذا العليا والسفلى من الشفتين سوا عند عامة الصحابة وروي
عن زيد بن ثابت انه فصل بينهما فاوجب في السفلى الثلثين وفي العليا الثلث لزيادة
جمال ومنفعة في السفلى وبقية الصحابة سووا بينهما وهو قول جماعة من التابعين مثل
شريح وابراهيم وغيرهما وسوا قطع الحلمة من ثدي المراة او قطع الثدي وفيها الحلمة
ففيه نصف الدية للحلمة والثدي تبع لان المقصود من الثدي وهو منفعة الرضاع
يفوت بفوات الحلمة وسوا كان ذلك بضربة او ضربتين اذا كان قبل البرء من الاولى
لان الجناية لا تستقر قبل البرء فاذا اتبعها الثانية قبل استقرارها صار كانه اوقعهما
معا وفي اصابع اليدين والرجلين في كل واحدة منها عشر الدية وهي في ذلك سوا
لا فضل لبعض على بعض والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال في كل اصبع عشر من الابل من غير فصل بين اصبع واصبع وروي عن عبد الله
بن عباس رضي الله عنهما انه قال هذه وهذه سوا واشار الى الخنصر والابهام وسوا
قطع اصابع اليد وحدها او قطع الكف ومعها الاصابع وكذلك القدم مع الاصابع
لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في الاصابع عشر من الابل من غير
فصل بينهما اذا قطع الاصابع وحدها او قطع الكف التي فيها الاصابع ولان الاصابع
اصل والكف تابعة لها لان المنفعة المقصودة من اليد البطش وانها تحصل بالاصابع
فكان اتلافها اتلافا لليد وسوا قطع الاصابع او شل من الجراحة او يبس ففيه
عقله تاما لان المقصود منه يفوت وما كان من الاصابع فيه ثلاث مفاصل ففي
كل مفصل ثلث دية الاصبع وما كان فيه مفصلان ففي كل واحد منهما نصف دية
الاصبع لان ما في الاصبع ينقسم على مفاصلها كما ينقسم ما في اليد على عدد الاصابع وفي
احدى اشفار العينين ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي الثلث ثلثة ارباع
الدية اذا لم ينبت لان في الاشفار كلها كل الدية فينقسم الدية على عددها كما
تقسم الدية على اليدين وان نبت فلا شي فيه وسوا قطع الشفر وحده او قطع معه
الجفن لان الجفن تبع للشفر كالكف والقدم للاصابع وكذا اهداب العينين اذا لم
تنبت حكمها حكم الاشفار وفي كل سن خمس من الابل يستوي فيه المقدم والموخر
والثنايا والاضراس والانياب والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال في كل سن خمس من الابل من غير فصل بين سن وسن ومن الناس من فضل
ارش الطواحن على ارش الضواحك وهذا غير سديد لان الحديث لا يوجب الفصل وهذا

لا يجري

لا يجري على قياس الاصابع لان الشرع ورد في كل سن بخمس من الابل لان الاسنان اثنان
وثلثون فيزيد الواجب في جملتها على قدر الدية ولو ضرب رجلا ضربة والقى اسنانه
كلها فعليه دية وثلثة اخماس الدية لان جملة الاسنان اثنان وثلثون سنا عشرون
ضرسا واربعة انياب واربعة ثنايا واربعة ضواحك في كل سن نصف عشر الدية
فيكون في جملتها ستة عشر الف درهم وهي دية وثلثة اخماس دية يودي هذه
الجملة في ثلاث سنين في السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من ذلك من الدية الكاملة
وهي عشرة الاف درهم وثلث من ثلثة اخماس الدية وهي ستة الاف درهم وفي السنة
الثلث من الدية الكاملة والثاني من ثلثة اخماس الدية وفي السنة الثالثة ثلث
الدية وهو ما بقي من الدية الكاملة وانما كان كذلك لان الدية الكاملة تودي في ثلاث
سنين وفي كل سنة ثلثها وثلثة اخماس الدية وهي ستة الاف تودي في سنتين من السنين
الثلث وهذا يلزم ان يكون قدر المودي من الدية الكاملة والناقصة في السنتين الاوليين
من السنين الثلث وهذا يلزم ان يكون قدر المودي من الدية الكاملة والناقصة
وقدر المودي من الدية الكاملة في السنة الثالثة ما وصفنا والله اعلم ولو ضرب على راس
انسان وتحركت ينتظر بها حولا لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
تستانا بالجراح حتى تبرا والتقدير بالسنة لانها مدة تظهر فيها حقيقة حالها من السقوط
والتغير والثبوت وسوا كان المضروب صغيرا او كبيرا كذا روي في المجرد عن ابي حنيفة
رحمه الله انه يوجل سنة سوا كان صغيرا او كبيرا وقال ابو يوسف ينتظر في الصغير ولا
ينتظر في الرجل وعن محمد انه ينتظر اذا تحركت واذا سقطت لا ينتظر وجه قول محمد
ان السن اذا تحركت قد تثبت وقد تسقط فاما اذا سقطت فالظاهر انها لا تثبت
وجه قول ابي يوسف في الفرق بين الصغير والكبير ان سن الصغير تنبت ظاهرا وغالبا
وسن الكبير لا تنبت ظاهرا وجه قول ابي حنيفة ان احتمال النبات ثابت فيجب التوقف
فيه فان اشتدت ولم تتغير فلا شي فيها وروي عن ابي يوسف فيها حكومة عدل وان
تغيرت فان كان التغير الى السواد او الى الحمرة او الخضرة ففيها الارش تاما لانه ذهبت
منفعتها وذهاب منفعة العضو بمنزلة ذهاب العضو وان كان التغير الى الصفرة
ففيها حكومة العدل وروي عن ابي حنيفة انه ان كان حرا فلا شي فيه وان كان
مملوكا ففيه الحكومة وهذه الرواية لا تكاد تصح عنه لان الحر اولى بايجاب الارش
من العبد وقال زفر في الصفرة الارش تاما كما في السواد لان كل ذلك يفوت الجمال ولنا
ان الصفرة لا توجب فوات المنفعة وانما توجب نقصانها فتوجب حكومة العدل
وروي عن ابي يوسف انه اذا كثرت الصفرة حتى تكون عيبا كعيب الحمرة والخضرة ففيها
عقلها تاما ويجب ان يكون هذا قولهم جميعا وان سقطت فان نبت مكانها اخرى ينظر ان
نبتت صحيحة فلا شي فيها في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف عليه الارش كاملا كذا ذكر
الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان على قول ابي يوسف فيها حكومة العدل
وجه قول ابي يوسف انه فوت السن والثابت لا يكون عوضا عن الفايت لان هذا الموهوب
من الله تعالى فلا يسقط به الضمان الواجب كمن اتلف مال انسان ثم اخلف الله تعالى رزقا للمتلف
عليه مثل المتلف ولابي حنيفة رحمه الله ان السن يستانا بها فلولا ان الحكم يختلف بالنبات

والحال واقامت النابتة مقام
لم يكن للاستثنا معنى لانها لما نبتت فقد عادت المنفعة والجمال فاما اذا نبتت بنفسها اما اذا ردها صاحبها الى مكانها
الاول كان الاول قايمة كسن الصبي هذا اذا نبتت بنفسها فاما اذا ردها صاحبها الى مكانها
فاشتدت ونبتت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان المعاد لا ينتفع به لانقطاع
العروق بل يبطل بادنى شي فكانت اعادتها والعدم بمنزلة واحدة ولهذا جعلها محمد رحمه
الله في حكم الميتة حتى قال ان كانت اكثر من قدر الدرهم يجز الصلاة معها وابو يوسف فرق
بين سن نفسه وسن غيره واجاز الصلوة في سن نفسه دون سن غيره وعلى هذا اذا قطع
اذنه فخاطها فالتحمت انه لا يسقط عنه الارش لانها لا تعود الى ما كانت عليه فلا يعود
الجمال هذا اذا نبتت مكانها اخرى صحيحة فاما اذا نبتت معوجة ففيها حكومة العدل
بالاجماع وان نبتت متغيرة بان نبتت سودا او حمرا او خضرا فحكمها حكم ما لو كانت قايمة متغيرة
بالضربة لان النابت قام مقام الذاهب فكان الاول قايمة وتغيرت وقد بينا حكم ذلك
واما سن الصبي اذا ضرب عليها فسقطت فان كانت قد يتغير فسنه وسن البالغ سوا وقد ذكرنا
وان كان قبل ان يتغير فان لم تنبت او نبتت متغيره فكذلك وان نبتت صحيحة فلا شي فيها في
قول ابي حنيفة كما في سن البالغ وفي قول ابي يوسف فيها حكومة الالم وفرق ابو يوسف
على ما ذكره الكرخي بين سن البالغ والصبي لان سن الصبي اذا لم ينتفِ لا ثبات له الا على
شرف السقوط بخلاف سن البالغ وهذه فريعة مسلة الشجة اذا التحمت ونبت
الشعر عليها انه لا شي على الشاج في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف فيها حكومة الالم وعند
محمد فيها اجرة الطبيب والمسئلة تاتي في بيان حكم الشجاج ان شا الله تعالى ولو ضرب
على سن انسان فتحركت فاجله القاضي سنة ثم جا المضروب وقد سقطت سنه فقال انها
سقطت من ضربتك وقال الضارب ما سقطت بضربتي فالمضروب لا يخلو اما ان جا في
السنة واما ان جا بعد مضي السنة فان جا في السنة والقياس ان يكون القول قول الضارب
وفي الاستحسان القول قول المضروب ولو شج راس انسان موضحة فصارت منقلة
فاختلفا في ذلك فقال المشجوج صارت منقلة بضربتك وعليك ارش المنقلة وقال الشاج
لا بل صارت منقلة بضربة اخرى حدثت فالقياس على السن ان يكون القول قول المشجوج
وفي الاستحسان القول قول الشاج والقياس وجهان احدهما ان المضروب والمشجوج يدعيا
على الضارب والشاج الضمان وهما ينكران والقول قول المنكر مع يمينه والثاني انه وقع
التعارض بين قوليهما والضمان لم يكن واجبا فلا يجب بالشك والى هذا اشار محمد رحمه
الله في الاصل فقال استحسن في السن لورود الاثر والاثر عن ابراهيم النخعي وللاستحسان
وجهان من الفرق احدهما ان الظاهر شاهد للمضروب في مسئلة السن لان سبب السقوط
حصل من الضارب وهو الضرب المحرك لان التحرك سبب السقوط فكان الظاهر شاهدا
للمضروب بخلاف الشجة لان الشجة الموضحة لا تكون سببا لصيرورتها منقلة فلم يكن
الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر والثاني انه لما جرى التاجيل حولا في السن
والتاجيل مدة الحول لانتظار ما يكون من الضربة فاذا جا في الحول وقد سقط سنه فقد
جا بما وقع له الانتظار من الضربة في مدة الانتظار فكان الظاهر شاهدا له فاما الشجة
فلم تقدر في انتظارها وقت فكان القول قول الشاج في قدر الشجة وان جا بعد مضي
السنة فالقول قول الضارب لان التاجيل مدة الحول لاستقرار حال السن لظهور حالها

في هذه المدة عادة فاذا لم يجى دل على سلامتها عن السقوط لضربه فكان السقوط محالا الى سبب
حادث فكان الظاهر شاهدا للضارب او لم يشهد لاحدهما فبقي المضروب مدعيا ضمانا على الضارب
وهو ينكر فالقول قوله او يقع التعارض فيقع الشك في وجوب الضمان والضمان لا يجب بالشك
وكذا على وجه الثاني زمان ما بعد الحول لم يجعل لانتظار حال السن فاحتمل السقوط من ضربه
اخرى من غيره واحتمل من ضربته فلا يمكن القول بوجوب الضمان مع وقوع الشك في وجوبه
والله اعلم واما الشجاج فالكلام في الشجة يقع في موضعين احدهما في بيان حكمها بنفسها والثاني
في بيان حكمها بغيرها اما الاول فالموضحة اذا برات وبقي لها اثر ففيها خمس من الابل وفي الهاشمة
عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الامة ثلث الدية هكذا روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الامة
ثلث الدية وليس فيما قبل الموضحة من الشجاج ارش مقدر وان لم يبق لها اثر بان التحمت ونبت
عليها الشعر فلا شي فيها في قول ابي حنيفه وقال ابو يوسف عليه حكومة الالم وقال محمد عليه
اجره الطبيب وجه قول محمد ان اجرة الطبيب انما لزمته بسبب هذه الشجة فكانه
اتلف عليه هذا القدر من المال ولابي يوسف ان الشجة قد تحققت ولا سبيل الى اهدارها
وقد تعذر ايجاب ارش الشجة فيجب ارش الالم وجه قول ابي حنيفة ان الارش انما يجب
بالشين الذي يلحق المشجوج بالاثر وقد زال ذلك فيسقط الارش والقول بلزوم حكومة الالم
غير سديد لان مجرد الالم لا ضمان له في الشرع كمن ضرب رجلا ضربا وجيعا وكذا ايجاب
اجره الطبيب لان المنافع على اصل اصحابنا لا تتقوم الا بالعقد او شبهة العقد ولم
يوجد في حق الجاني العقد ولا شبهته فلا يجب عليه اجرة الطبيب واما حكمها بغيرها
بان شج راس انسان موضحة فسقط شعر راسه او ذهب عقله او بصره او سمعه او لا مه
او شمه او ذوقه او جماعه او ايلاده فلا شك في انه يجب ارش هذه الاشيا وهل يجب عليه ارش
الموضحة ام يدخل في ارشها قال ابو حنيفة ومحمد لا يدخل ارش الموضحة الا في الشعر والعقل
ولا يدخل فيما وراء ذلك وقال ابو يوسف في الاملا يدخل في الكل الا في البصر وقال الحسن بن
زياد لا يدخل الا في الشعر فقط وقال زفر لا يدخل في شي من ذلك اصلا وجه قوله زفر ان
الشجة واذهاب الشعر والعقل وغيرهما جنايتان مختلفتان فلا يدخل احديهما في الاخرى
كساير الجنايات من قطع اليدين والرجلين ونحو ذلك وجه قول الحسن انهما جنايتان اختلف
محلهما والمقصود منهما فلا يدخل ارش احديهما في الاخرى كارش اليدين والرجلين ولابي
يوسف ان السمع والكلام والشم والذوق ونحوها من البواطن فيدخل فيها ارش الموضحة
كالعقل فاما البصر فظاهر فلا يدخل فيه الموضحة كاليد والرجل وهذا فرق يبطله
بالشعر لانه ظاهر ويدخل ارش الموضحة فيه ولابي حنيفة ومحمد الفرق بين الشعر والعقل
وبين غيرهما ووجهه ان في الشعر الجناية حلت في عضو واحد بفعل واحد بسبب واحد اما
اتحاد العضو فلا شك فيه لان كل ذلك حصل في الراس واما العقل فلانه لم يوجد منه الا
الشعر واما اتحاد السبب فلان دية الشعر تجب بفوات الشعر وارش الموضحة يجب بفوات
جزو من الشعر فكان سبب وجوبهما واحدا فيدخل الجز في الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت
اليد ان ارش الاصبع يدخل في دية اليد كذا هذا وفي العقل الواجب دية النفس من
حيث المعنى لان جميع منافع النفس من حيث المعنى لان جميع منافع النفس تتعلق به فكان

بتفويته تفويت النفس معنى فكان الواجب دية النفس فيدخل فيه ارش الموضحة كما اذا شج راسه
موضحة فسرى الى النفس فمات فاما في السمع والبصر والكلام ونحوها فقد اختلف السبب والمحل
لان سبب الوجوب في كل واحد منها تفويت المنفعة المقصودة منه فما اختلف المحل والسبب
والمقصود فامتنع التداخل وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في شجة واحدة باربع ديات
اربعة فان اختلفا في ذهاب البصر والسمع والكلام والشم فطريق معرفتها اعتراف الجاني به
وتصديقه المجني عليه او نكوله عن اليمين وقد يعرف البصر بنظر الاطبا بان ينظروا اليه طبيبا
عدلان لانه ظاهر يمكن معرفته وقد قيل يمتحن بالحية بين يديه وفي السمع يستغفل المدعي
كما روي عن اسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة رحمهم الله ان رجلا ضرب امراة فادعت عنده ذهاب
سمعها فتشاغل عنها بالنظر في القضايا ثم التفت اليها وقال يا هذه غطي عورتك فجمعت ذيلها
فعلمت انها كاذبة في دعواها وفي الكلام يستغفل ايضا وفي الشم تختبر بالروائح الكريهة وسوا
ذهب جميع هذه الاشيا بالشجة او ذهب بعضها دون بعض الاجتماع والافتراق في هذا سوا
لان التداخل فيما يجري فيه التداخل ليس للكثيرة بل لما ذكرنا من المعنى وانه لا يوجب الفصل
بين الاجتماع والافتراق ولا يدخل ديات هذه الاشيا بعضها في بعض الا عند السراية
فيسقط ذلك وعليه دية النفس لا غير لما ذكرنا ان كل واحد من هذه الاشيا من السمع والبصر
والكلام ونحوها اصل بنفسه لاختصاصه بمحل مخصوص ومنفعة مقصودة فلا يجعل تبعا
لصاحبه في الارش وانما دخلت اروشها في دية النفس عند السراية لان الاعضا كلها
تابعة للنفس فيدخل اروشها في دية النفس ثم ان كان الاول خطا تتحمل العاقلة وان كان
عمدا فدية النفس في ماله وكذلك في ثلاث سنين وسوا كانت الشجة موضحة او هاشمة او منقلة
او امة فالشجاج كلها في التداخل سوا لان المعنى لا يوجب الفصل وسوا قلت الشجاج او كثرت
بعد ان لا يجاوز ارشها الدية حتى لو كانت اثنتين او ثلاث او اربع ذهب منها الشعر او العقل
يدخل ارشها في الشعر والعقل وان كانت اربعا او اكثر يدخل قدر الدية لا غير ويجب فيها
دية وثلث دية لان الكثير لا يتبع القليل فيما دون النفس وعلى قول زفر عليه ديتان وثلث دية
لانه لا يرى التداخل في الشجاج اصلا وراسا ولو سقط بالموضحة بعض شعر راسه ينظر الى ارش
الموضحة والى حكومة العدل في الشعر فان كانا سوا لا يجب الا ارش الموضحة وان كان احدهما
اكثر يدخل الاقل في الاكثر ايهما كان لانهما يجبان لمعنى واحد وهو ذهاب الشعر فكان
سبب وجوبهما واحدا فيدخل الجزء في الجملة ولو كانت الشجة في الحاجب فسقط ولم ينبت
يدخل ارش الموضحة في ارش الحاجب وهو نصف الدية كما يدخل في ارش الشعر لما قلنا وهذه
المسايل في الشجاج الخطا فاما اذا كانت الشجة عمدا فذهب منها العقل او الشعر او السمع او غيره
ففيه خلاف ذكرناه فيما تقدم **فصل** ومما يلحق بمسايل التداخل اما اذا قطعت
اليد وفيها اصبع وحده او اصبعان او ثلاث او اكثر من ذلك او اقل وجملة الكلام انه اذا قطع
الكف وفيها ثلاث اصابع فصاعدا تجب دية الاصابع ولا شي في الكف في قولهم جميعا لان
الكف تبع لجميع الاصابع بدليل انه اذا قطع الكف تجب عليه ارش الاصابع لا غير ولا تجب
لاجل الكف شي فاذا بقي اكثر الاصابع فللاكثر حكم الكل وان بقي من الكف اقل من ثلاث اصابع
تجب ارش ما بقي منها وان كان مفصلا واحدا ولا تجب في الكف شي في قول ابي حنيفة والاصل
عند ابي حنيفة انه اذا بقي من الاصابع شي له ارش معلوم ولو مفصل واحد دخل ارش اليد

فيه حتى لو لم يكن في الكف الا ثلث مفصل من اصبع فيها ثلاث مفاصل فقطع انسان الكف فعليه
ثلث خمس دية اليد ولو كان فيها اصبع واحدة فعليه خمس دية اليد ولو كان فيها اصبعان
فعليه خمسا دية اليد وفي قول ابي يوسف ومحمد في الرواية المشهورة عنهما يدخل القليل في
الكثير ايهما كان فينظر الى حكومة الكف والى ارش ما بقي من الاصابع فيدخل اقلهما في اكثرهما ايهما
كان لان القليل يتبع الكثير والكثير لا يتبع القليل فيدخل القليل في الكثير ولا يدخل الكثير في
القليل وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان ما بقي من الاصابع او من مفاصلها فهو اصل لان
له ارشا مقدرا والكف ليس لها ارش مقدر وهي متصلة بالاصابع فتتبعها في ارشها كما تتبع جميع
الاصابع او اكثرها ونظير هذا ما قالوا في القسامة انه ما بقي واحد من اهل المحلة فالقسامة
عليهم لا على المشترين وكذلك الوصية لولد فلان انه ما بقي له ولد من صلبه وان كان
واحدا لا يدخل ولد الولد في الوصية وقال ابو يوسف اذا قطع كفا لا اصابع فيها فعليه
حكومة لا يبلغ فيها ارش اصبع لان الواحدة تتبعها الكف في قول ابي حنيفة والتبع لا يساوي
المتبوع في الارش ولو قطع اليد مع الذراع من المفصل خطا ففي الكف مع الاصابع الدية
وفي الذراع حكومة العدل في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف تجب دية
اليد والذراع تبع وهو قول ابن ابي ليلى واحتجا بقول النبي صلى الله عليه وسلم
وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية واليد عبارة عن العضو المخصوص
من رؤوس الاصابع الى المنكب ولان ما ليس له ارش مقدر اذا اتصل بما له ارش
مقدر يتبعه في الارش كالكف مع الاصابع وجه قولهما ان الدية انما تجب في الاصابع
والكف تابعة للاصابع بدليل انه اذا افرد الاصابع بالقطع يجب نصف الدية ولو
قطعها مع الكف لا يجب الا نصف الدية ايضا فلو جعل الذراع تبعا لكان لا يخلو اما ان
يجعل تبعا للاصابع واما ان يجعل تبعا للكف لا سبيل الى الاول لان بينهما عضوا فاصلا وهو
الكف فلا يكون تبعا لها ولا وجه للثاني لان الكف تابعة في نفسها فلا تستتبع غيرها
وعلى هذا الخلاف اذا قطع اليد من المنكب والرجل من الورك او قطع اليد من العضد
او الرجل من الفخذ والاصل عند ابي حنيفة ومحمد ان اصابع اليد لا يتبعها الا الكف
فلا يدخل في ارشها غير ارش الكف وكذلك اصابع الرجل لا يتبعها غير القدم فلا يدخل في
ارشها غير ارش القدم والاصل عند ابي يوسف وابن ابي ليلى ان ما فوق الكف من اليد تبع وكذا
ما فوق القدم من الرجل تبع فيدخل ارش التبع في المتبوع كما يدخل ارش الكف في الاصابع
واما الجراح ففي الجايفة ثلث الدية لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في
الجايفة ثلث الدية فان نفذت الى الجانب الآخر فهما جايفتان ففيهما ثلثا الدية وقد روي
عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه حكم في جايفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية
وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه خالفه احد في ذلك فيكون اجماعا وعلى هذا
يخرج ما اذا رمى امراة بحجر فاصاب فرجها فافضاها بان جعل موضع البول والغايط
واحدا وهي تستمسك البول ان عليه ثلث الدية لان هذا في معنى الجايفة وجملة الكلام ان
المفضاة لا تخلو اما ان كانت اجنبية واما ان كانت زوجته والافضا لا يخلو اما ان يكون بآلة
واما ان يكون بالحجر او الخشب او الاصبع وما يجري مجراه فان كانت اجنبية والافضا بآلة فان
كانت مطاوعة ولم يوجد دعوى الشبهة لا من الرجل ولا من المراة فعليها الحد لوجود الزنا منهما

ولامهر على الرجل لان العقر مع الحد لا يجتمعان ولا ارش لها بالافضا سوا كانت تستمسك البول
او لا تستمسك لان المتلف تولد من فعل ما ذون فيه من قبلها فلا يجب به الضمان كما لو اذنت
بقطع يدها فقطعت لا ضمان على القاطع كذا هذا وان كان الرجل يدعي الشبهة سقط عنه
الحد وعنها ايضا وعلى الزوج العقر لان الوطي لا يخلوا من ايجاب حد او غرامة ولا ارش لها
بالافضا لما ذكرنا وان كانت مستكرهة فان لم يدع الرجل الشبهة فعليه الحد لوجود
الزنا منه ولا حد عليها لعدم الزنا منها ولا عقر على الرجل لوجوب الحد عليه والحد مع
العقر لا يجتمعان وعلى الرجل الارش بالافضا لعدم الرضا منها بذلك ثم ان كانت
تستمسك البول ففيه ثلث الدية لانه جايفة وان كانت لا تستمسك البول ففيه كمال
الدية لوجود اتلاف العضو بتفويت منفعة الجنس وان كان الرجل يدعي الشبهة سقط
الحد عنه للشبهة وعنها ايضا لوجود الاكراه ولها الارش بالافضا لما ذكرنا ثم ان كانت
تستمسك البول فلها ثلث الدية لانها جايفة وكمال المهر وان كانت لا تستمسك فلها الدية
ولا مهر لها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لها المهر والدية وجه قوله ان سبب
المهر والدية مختلف لان المهر يجب باتلاف المنفعة والدية تجب باتلاف العضو فلا
يدخل احدهما في الاخر ولهذا لم يدخل المهر في ثلث الدية فيما اذا كانت تستمسك البول
حتى وجب عليه كمال المهر مع ثلث الدية كذا هذا ولهما ان وجوب سبب الوجوب
متحد لان الدية تجب باتلاف هذا العضو والعقر يجب باتلاف منافع البضع ومنافع
البضع ملحقة باجزا البضع فكان سبب وجوبهما واحدا فكان المهر عوضا عن جزء من البضع
وضمان الجزء والكل اذا وجدا بسبب واحد يدخل ضمان الجزء في ضمان الكل كالاب
اذا استولد جارية ابنه انه لا يلزمه العقر ويدخل في قيمة الجارية لما قلنا كذا هذا
واما وجوب كمال المهر مع ثلث الدية حالة الاستمساك فعلى رواية الحسن عن ابي حنيفة
لا يجمع بينهما بل يدخل الاقل في الاكثر كما يدخل ارش الموضحة في دية الشعر فكانت المسئلة
ممنوعة ولئن سلمنا على ظاهر الرواية فلا يلزم لان المنافي لضمان الجزء هو ضمان كل
العين وثلث الدية ضمان الجزء وضمان الجزء لا يمنع ضمان جزء اخر هذا اذا كان الافضا
بالالة فاما اذا كان بغيرها من الحجر ونحوه فالجواب في هذا الفصل في جميع وجوهه
كالجواب في الفصل الاول في الوفاق والخلاف والجمع بين الضمانين وعدم الجمع الا ان
الارش في هذا الفصل يجب في ماله وفي الفصل الاول تتحمله العاقلة لان الافضا بالالة
يكون في معنى الخطا وبغيرها يكون عمدا وقال بعض مشايخنا لا وجه لايجاب المهر في هذا
الفصل لان وجوبه متعلق بقضا الشهوة ولم يوجد وقال بعضهم يجب ويلحق غير الالة
بالالة تعظيما لامر الابضاع كما الحق الايلاج بدون الانزال بالايلاج مع الانزال في وجوب
الحد وغيره من الاحكام مع قيام شبهة القصور في قضا الشهوة تفخيما لشان الفروج
والله اعلم هذا اذا كانت المراة اجنبية فاما اذا كانت زوجته فافضاها فلا شي عليه
سوا كانت تستمسك البول او لا تستمسك في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول وقال ابو يوسف
ان كانت لا تستمسك البول فعليه الدية في ماله وان كانت تستمسك فعليه ثلث
الدية في ماله وجه قوله انه ماذون في الوطي لا في الافضا فكان متعديا في الافضا
فكان مضمونا عليه ولهما ان الوطي ماذون فيه شرعا فالمتولد منه لا يكون مضمونا كالبكارة

ويوطي

ويوطي زوجته فماتت فلا شي عليه في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف على عاقلته الدية وجه
قوله على نحو ما ذكرنا في الافضا انه ماذون في الوطي لا في القتل وهذا قتل فكان مضمونا
عليه الا ان ضمان هذا على العاقلة وضمان الافضا في ماله لان الافضا لا يكون الا بالمجاوزة
عن المعتاد فكان عمدا فكان الواجب به في ماله فاما القتل فغير مقصود بهذا الفعل فكان
في معنى الخطا فتتحمله العاقلة واما وجه قولهما فعلى نحو ما ذكرنا في الافضا ولو وطيها
فكسر فخذها ضمن في قولهم جميعا لان الكسر لا يتولد من الوطي الماذون فيه بل هو فعل ابتدا
فكان تعديا محضا فكان مضمونا عليه والله اعلم واما ساير جراح البدن اذا برات
وبقي لها اثر ففيها حكومة العدل وان لم يبق لها اثر فلا شي فيها في قول ابي حنيفة على ما بينا
في الشجة وان مات منها فالجراحة لا يخلوا اما ان كانت من واحد واما ان كانت من عدد
فان كانت من واحد ففيها القصاص ان كانت عمدا والدية ان كانت خطا وان كانت من
عدد فالجراحة المجتمعة من اعداد اما ان كانت كلها مضمونة واما ان كان بعضها مضمونا والبعض
غير مضمون فان كانت الكل مضمونة بان جرحه رجل جراحة وجرحه رجل اخر جراحة
اخرى خطا فمات من ذلك كله كانت الدية عليهما نصفين وسوا جرحه احدهما جراحة
واحدة والاخر جرحه جراحتين او اكثر لا ينظر الى عدد الجراحات وانما ينظر الى الجارح
لان الانسان قد يموت من جراحة واحدة ويسلم من عشرة وقد يموت من عشرة ويسلم
من واحدة حتى لو جرحه احدهما جراحة واحدة والاخر عشر جراحات فمات من
ذلك كانت الدية بينهما نصفين لما قلنا وكذلك اذا جرحه رجل جراحة وجرحه اخر
جراحتين واخر ثلثا فمات من ذلك كله كانت الدية بينهم اثلاثا لما قلنا وعلى هذا يخرج
ما اذا جرحه رجل جراحة واحدة وجرحه اخر عشر جراحات فعفا المجروح للجارح عن
جراحة واحدة من العشر وما يحدث منها ثم مات من ذلك ان على صاحب الجراحة
الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشر الربع ويسقط الربع لانه لما سقط اعتبار
عدد الجراحة كانت الجراحة الواحدة كالعشرة في الضمان ثم لما عفى عن واحدة من
الجراحات العشرة انقسمت العشر فتغير حكمها فصار تسعة منها الربع وللواحدة الربع
فسقط المعفو عن واحدة من العشرة الربع وبقي الربع ببقا التسعة وان كان البعض
مضمونا والبعض غير مضمون ينقسم الضمان فيسقط بقدر ما ليس بمضمون ويبقى بقدر
المضمون وعلى هذا يخرج ما اذا جرح رجلا جراحة وجرحه سبع فمات من ذلك ان على
الرجل نصف الدية ونصفها هدر لانه مات بجراحتين احدهما مضمون والاخرى ليست
بمضمونة فانقسم الضمان فسقط بقدر غير المضمون وبقي بقدر المضمون وكذلك لو
جرحه الرجل جراحتين والسبع جراحة واحدة او جراحة السبع جرحتين والرجل
جراحة واحدة فمات من ذلك انه يجب على الرجل نصف الدية ويهدر النصف لانه
لا عبرة لكثرة الجراحة لما بينا وكذلك لو جرحه رجل جراحة وعقره سبع ونهشته حية
وجرح به جراح واصابه حجر ومت به الريح فمات من ذلك فعلى الرجل نصف الدية ويهدر
النصف والاصل انه يجعل الجراحات التي ليس لها حكم بلزوم واحد كجراحة واحدة ويصير
كانه مات من جراحتين احدهما مضمونة والاخرى غير مضمونة فيلزم الرجل نصف
الدية ويبطل نصفها سوا كثر عدد الهدر او قل هو كجراحة واحدة لان الهدر له حكم واحد

فصارت كجراحات الرجل الواحد انها في الحكم كجراحة واحدة كذا هذا وكذلك لو جرحه رجل
جراحة وجرحه رجل اخر جراحة اخرى ثم انضم الى ذلك شيء مما ذكرنا انه لا حكم له يلزم فاعله
فان على كل رجل ثلث الدية ويهدر الثلث لما ذكرنا ان الهدر من الجراحات وان كثر فهو
كجراحة واحدة وكل واحدة من جراحتي الرجلين مضمونة فقد مات من ثلاث جراحات
جراحتان منها مضمونتان وجراحة هدر فيقسم الدية اثلاثا فسقط قدر ما ليس بمضمون
وهو الثلث ويبقى قدر المضمون وهو الثلثان فان كان لبعض الجناة جنايات مختلفة
الاحكام فانه يقسم ما يخصه على جناياته بعدما قسم عدد الجنايات على احكام الجنايات
وذلك نحو رجل امر رجلا ان يقطع يده لعلة بها ثم ان المامور جرح الامر جراحة اخرى
بغير امره ثم جرحه رجلان اخران كل واحد منهما جراحة ثم عقره سبع ونهشته حية
وجرح به جراح فمات من ذلك كله يقسم الدية ارباعا لان الموت حصل من اربع
جنايات لان الهدر من الجنايات لها حكم جناية واحدة وجراحتا المامور وان
اختلف حكمها فانها حصلا من رجل واحد فلا تثبت لها في حق شركاية الاحكم جناية
واحدة فثبت ان الموت حصل من اربع جنايات فكانت قسمة الدية ارباعا فهدر
الربع منها وبقيت ثلثة ارباع تقسم على الجناة الثلثة فيكون على كل واحد منهم الربع
ثم ما اصاب المامور بالقطع يقسم حصته وهو الربع على جراحتيه واحدهما مضمونة
وهي التي فعلها بغير امر المجروح والاخرى غير مضمونة وهي التي فعلها بامره وهي القطع
فيسقط بقدر ما ليس بمضمون وهو نصف الربع وهو الثمن ويبقى قدر ما هو مضمون
وهو نصف الربع الاخر وهو الثمن الاخر والله الموفق ولو ان رجلا امر عشرة ان
يضربوا عبده امر كل واحد منهم ان يضربه سوطا فضربه كل واحد منهم ما امره
ثم ضربه رجل اخر بغير امره سوطا فمات من ذلك كله فعلى الذي لم يومر ارش السوط
الذي ضربه من قيمته مضروبا بعشرة اسواط وعليه ايضا جزء من احد عشر
جزءا من قيمته مضروبا باحد عشر سوطا وانما كان كذلك اما وجوب ارش السوط
الذي ضربه فلانه نقصه بالضرب فيلزمه ضمان النقصان واما اعتبار قيمة
العبد مضروبا بعشرة اسواط فلانه ضربه بعدما انتقص من ضرب العشرة ذلك
حصل من فعل غيره فلا يكون عليه وانما عليه ضمان ما نقصه سوطه الحادي
عشر من قيمته كذلك اعتبرت قيمته وهو مضروب عشرة فيقوم وهو غير
مضروب ويقوم وهو مضروب عشرة اسواط فيلزم الذي لم يومر بالضرب
ذلك القدر واما وجوب جزء من احد عشر جزءا من قيمته فلانه مات من احد
عشر سوطا كل سوط حصل ممن يتعلق بفعله حكم في الجملة وهو الادمي فانقسم
الضمان على عددهم ثم ما اصاب العشرة سقط عنهم لحصوله باذن المالك وما اصاب
الحادي عشر ضمنه الذي لم يومر بالضرب لانه ضرب بغير اذن المالك واما اعتبار
تضمينه مضروبا باحد عشر سوطا فلان النقص الحاصل بضرب العشرة حصل بفعل
غيره فلا يكون عليه ضمانه واما السوط الحادي عشر فلانه قد ضمن نقصانه مرة
فلا يضمنه ثانيا وانما لم يدخل نقصان السوط فيما وجب عليه من القيمة لان كل
واحد منهما ضمان الجزء وضمان الجزء ضمان اذا تعلقا بسبب واحد لا يدخل احدهما

في الاخر بخلاف ما اذا ضربه واحد ومات من ذلك انه يضمن القيمة دون النقصان
لانه اجتمع هناك ضمان جزء وضمان كل فيدخل ضمان الجزء في ضمان الكل لاتحاد
سبب الضمانين هذا اذا امر المولى عشرة ان يضربوه كل واحد منهم سوطا فان كان
المولى هو الذي ضربه عشرة اسواط بيده ثم ضربه اجنبي سوطا ثم مات من ذلك كله
فعلى الاجنبي ما نقصه السوط الحادي عشر من قيمته مضروبا بعشرة اسواط وعليه
ايضا نصف قيمته مضروبا باحد عشر سوطا اما وجوب ضمان نقصان السوط
واعتبار قيمته مضروبا بعشرة فلما ذكرنا واما وجوب نصف قيمته فلانه مات من
سوطين في الحاصل لان ضرب الاسواط العشرة من المولى بمنزلة جناية واحدة
لانها حصلت من رجل واحد والجنايات من واحد وان كثرت فهي في حكم جناية واحدة
فصار كانه مات من سوطين سوط المولى وسوط الاجنبي وسوط المولى ليس بمضمون
وسوط الاجنبي مضمون فسقط نصف القيمة وثبت نصفها واما اعتبار قيمته
مضروبا باحد عشر سوطا وعدم دخول ضمان النقصان في ضمان القيمة فلما
ذكرنا في المسئلة المتقدمة رجل امر غيره ان يجرحه جراحة واحدة فجرحه عشر
جراحات وجرحه اخر جراحة اخرى واحدة بغير امره ثم عفا المجروح لصاحب
العشرة عن واحدة من التسع التي كانت بغير امره ثم مات المجروح من ذلك كله فعلى
صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية وعلى صاحب الدية العشرة ثمن الدية
لان نصف الدية على صاحب الجراحة الواحدة والنصف الاخر يتعلق بصاحب
العشرة واحدة منها بامر المجروح فصار عليه الربع ثم انقسم ذلك بالعفو فسقط نصفه
وهو الثمن وبقي عليه الثمن والله اعلم هذا اذا كان المجني عليه حرا ذكرا فاما
اذا كان انثى حرة فانه يعتبر ما دون النفس منها بديتها كديتها قل او كثر عند
عامة العلماء وعليه الصحابة رضي الله عنهم وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال
تعاقل المراة الرجل فيما دون ارشه نصف عشر الدية كالسن والموضحة اي ما كان
ارشه هذا القدر فالرجل والمراة فيه سوا لا فضل الرجل على المراة وعن سعيد
بن المسيب رحمه الله انه قال تعاقل المراة الرجل الى ثلث ديتها اي ارش الرجل
والمراة الى ثلث ديتها سوا وهو مذهب اهل المدينة ويروون ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال تعاقل المراة الرجل الى ثلث ديتها وهذا نص لا يحتمل التاويل واحتج
ابن مسعود رضي الله عنه بحديث الغرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين
بالغرة وهي نصف عشر الدية ولم يفصل بين الذكر والانثى فيدل على استوا ارش
الذكر والانثى في هذا القدر ولنا انه نصف بدل النفس بالاجماع وهو الدية فكذا
بدل ما دون النفس لان المنصف في الحالين واحد وهو الانوثة ولهذا ينصف
ما زاد على الثلث فكذا الثلث وما دونه ولان القول بما قاله اهل المدينة يؤدي
الى القول بقلة الارش عند كثرة الجناية وانه غير معقول والى هذا المعنى اشار
ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الراي فانه روي انه سال سعيد بن المسيب
عن رجل قطع اصبع امراة فقال فيها عشر من الابل قال فان قطع ثلثة فقال فيها
ثلثون من الابل قال فان قطع اربعة فقال عشرون من الابل فقال ربيعة لما كثرت

جرحها وعضت مصيبتها قال اريشها قال له اعادي انت قال لا بل جاهل متعلم او عالم
متعنت فقال هكذا السنة يا ابن اخ وعني به سنة زيد بن ثابت رضي الله عنه اشار بسعيد
الى ما ذكرنا من المعنى وقبله سعيد حيث لم يعترض عليه واحال الحكم الى السنة وبهذا تبين
ان روايتهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تصح اذ لو صحت لما اشتبه الحديث على مثل
سعيد ولاحال الحكم الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا الى سنة زيد فدل ان الرواية
لا تكاد تثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واما حديث الغرة في الجنين فنقول بموجبه
ان الحكم في ارش الجنين لا يختلف بالذكورة والانوثة وانما الكلام في ارش المولود والحديث
ساكت عن بيانه ثم نقول احتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يفصل في الجنين بين الذكر
والانثى لان الحكم لا يختلف ويحتمل انه لم يفصل لتعذر الفصل لعدم استواء الخلقة
فلا يكون حجة مع الاحتمال هذا الذي ذكرنا اذا كان الجاني حرا والمجني عليه حرا فاما
اذا كان الجاني حرا والمجني عليه عبدا فالاصل فيه عند ابي حنيفة ما ذكرنا في الفصل المتقدم
ان كل شيء من الحر فيه قدر من الدية ففي العبد فيه ذلك القدر من قيمته سواء كان فيما
يقصد به المنفعة او الجمال والزينة في رواية عنه وفي رواية فيما يقصد به الجمال والزينة
يجب النقصان وعندهما في جميع ذلك يجب النقصان فيقوم العبد مجنيا عليه ويقوم
غير مجني عليه فيغرم الجاني فضل ما بين القيمتين وقد بينا وجه الروايتين عنه ووجه قولهما
في الفصل الاول **فصل** واما شرائط الوجوب فهو ان تكون الجناية خطأ اذا
كانت الجناية فيما في عمده القصاص فان كانت لا قصاص في عمده يستوي فيه الخطأ
والعمد وقد مر بيان الجنايات التي في عمدها القصاص وما لا قصاص في عمدها **فصل**
واما بيان الجناية التي تحملها العاقلة والتي لا تحملها فيما دون النفس فنقول لا خلاف
انه اذا بلغ ارش الجناية فيما دون النفس من الاحرار نصف عشر الدية فصاعدا وذلك
خمسمائة في الذكور ومائتان وخمسون في الاناث تتحمله العاقلة واختلف فيما دون
ذلك في الرجل والمرأة قال اصحابنا يكون في مال الجاني ولا تتحمله العاقلة وقال الشافعي
العاقلة تتحمل القليل والكثير وجه قوله ان التحمل من العاقلة لتفريطهم في الحفظ
والنصرة وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين القليل والكثير ولنا ان القياس يأبى
التحمل لان الجناية حصلت من غيرهم وانما عرفناه بقضاء رسول الله صلى الله
عليه وسلم بارش الجنين على العاقلة وهو الغرة وهي نصف عشر الدية فبقي الامر
فيما دون ذلك على اصل القياس ولان ما دون ذلك ليس له ارش مقدر بنفسه
فاشبه ضمان الاموال فلا تتحمله العاقلة كما لا تتحمل ضمان المال ولا يلزم على هذا
ارش الانملة فان لها ارشا مقدرا وهو ثلث دية الاصبع فينبغي ان تتحمله العاقلة
لان الانملة ليس لها ارش مقدر بنفسها بل بالاصبع لما كانت جزءا منها له ارش مقدر وهو
الاصبع فلا تتحمله العاقلة ثم ما كان ارشه نصف عشر الدية الى ثلث الدية يؤخذ من العاقلة
في سنة واحدة استدلالا بكل الدية فان كل الدية يؤخذ من العاقلة في ثلاث سنين
لاجماع الصحابة على ذلك فان عمر رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث
سنين ولم ينكر عليه احد من الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا فكل ما كان من
الارش قدر ثلث الدية يؤخذ في سنة واحدة لان الدية الكاملة هكذا فان

اذا زاد

اذا زاد الارش على ثلث الدية فقدر الثلث يؤخذ في سنة والزيادة في سنة اخرى لان الزيادة
على الثلث في كل الدية تؤخذ في السنة الثانية فكذلك اذا انفردت فان زاد على الثلثين
فالثلثان في سنتين وما زاد على ذلك في السنة الثالثة قياسا على كل الدية والله اعلم
واما ما دون النفس من العبيد فلا تتحمله العاقلة بالاجماع لان ما دون النفس من
العبيد له حكم الاموال لما ذكرنا فيما تقدم ولهذا لا يجب فيه القصاص وضمان المال
لا تتحمله العاقلة **فصل** واما الذي يجب فيه ارش غير مقدر وهو المسمى بالحكومة
فالكلام فيه في مواضع في بيان الجنايات التي فيها الحكومة وفي تفسير الحكومة اما الاول
فالاصل فيه ان ما لا قصاص فيه من الجنايات على ما دون النفس وليس له ارش مقدر
ففيه الحكومة لان الاصل في الجنايات الواردة على محل معصوم اعتبارها بايجاب
الجابر او الزاجر ما امكن اذا عرف هذا فنقول في كسر العظام كلها حكم عدل الا السن
خاصة لان استيفاء القصاص بصفة المماثلة فيما سوى النفس متعذر ولم يرد الشرع
فيه بارش مقدر فيجب الحكومة وامكن استيفاء المثل في السن والشرع ورد فيها
بارش مقدر ايضا فلم يجب فيها الحكومة وفي لسان الاخرس والعين القائمة الذاهب
نورها والسن السوداء القائمة واليد الشلاء والرجل الشلاء وذكر الخصي والعنين
حكم عدل لانه لا قصاص في هذه الاشياء وليس فيها ارش مقدر ايضا لان المقصود
منها المنفعة ولا منفعة فيها ولا زينة ايضا لان العين القائمة الذاهب نورها لا
جمال فيها عند من يعرفها على ان المقصود من هذه الاشياء المنفعة ومعنى الزينة فيها
تابع فلا يتقدر الارش لاجله وفي الاصبع والسن الزائدة حكم عدل لانه لا قصاص فيها
وليس لها ارش مقدر ايضا لانعدام المنفعة والزينة لكنها جزء من النفس واجزاء النفس
مضمونة مع عدم المنفعة والزينة لما ذكرنا واما الصغير الذي لم يعش ولم يقعد
ورجله ولسانه واذنه وانفه وعينه وذكره ففي انفه واذنيه كمال الدية وكذلك
في يديه ورجليه اذا كان تحركهما وكذا في ذكره اذا كان يتحرك وفي لسانه حكومة
العدل لا الدية وان استهل ما لم يتكلم لان الاستهلال صياح واما العينان فان كان
يستدل بشيء على بصرهما ففيهما مثل عين الكبير وانما كان كذلك اما الانف والاذن فلان المقصو
منها الجمال لا المنفعة وذلك يوجد في الصغير بكماله كما يوجد في الكبير واما الاعضاء
التي يقصد بها المنفعة فلا يجب فيها ارش كامل حتى يعلم صحتها بما ذكرنا فاذا علم
ذلك فقد وجد تفويت منفعة الجنس في كل واحد من ذلك فيجب فيه ارش كامل واذا لم
يعلم يقع الشك في وجود سبب وجوب كمال الارش فلا يجب بالشك ولا يقال ان
الاصل هو الصحة والآفة عارض فكانت الصحة ثابتة ظاهرا لانا لا نسلم هذا الاصل
في الصغير بل الاصل فيه عدم الصحة والسلامة لانه كان نطفة وعلقة ومضغة
فما لم يعلم صحة العضو فهو على الاصل على ان هذا الاصل متعارض لان براءة ذمة
الجاني اصل ايضا فتعارض الاصلان فسقط الاحتجاج بالاصل على الصحة على ان
الصحة ان كانت ثابتة ظاهرا بحكم الاصل لان الظاهر حجة الدفع لا حجة الاستحقاق
كحيوة المفقود انها تصلح لدفع الارث لا للاستحقاق وفي الطرف اذا نبت لا شيء فيه
في قول ابي حنيفة رحمه الله لانه عادت المنفعة والزينة وان مات ففيها حكومة عدل

لانه لا قصاص فيه ولا له ارش مقدر وكذا اذا نبت على عيب ففيه حكومة عدل دون
ذلك لان النابت عوض عن الذاهب فكان الاول قايم ودخله عيب وكذلك قال ابو
يوسف انه اذا نبت اسود ان فيه حكومة لما اصاب من الالم بالجراحة الاولى على
اصله ان الالم مضمون وفي ثدي الرجل حكومة عدل لانه لا قصاص فيه ولا ارش
مقدر لانه لا منفعة فيه ولا جمال فيجب الحكومة فيهما وفي احدهما نصف ذلك الحكم وفي حلمة
ثدييه حكم عدل دون ما في ثدييه لما قلنا وثدي المراة تبع للحلمة حتى لو قطع الحلمة ثم
الثدي فان كان قبل البرء لا يجب الا نصف دية وان كان بعد البرء يجب نصف الدية في الحلمة
والحكومة في الثدي لان منفعة الثدي الرضاع وذلك يبطل بقطع الحلمة وكذلك الانف
مع المارن حتى لو قطع المارن دون الانف يجب الدية ولو قطع مع المارن لا يجب الا دية
واحدة ولو قطع المارن ثم الانف فان كان قبل البرء يجب دية واحدة وان كان بعد
البرء ففي المارن الدية وفي الانف الحكومة وكذلك الجفن تبع الاشفار حتى لو قطع الشفر
بدون الجفن يجب الارش المقدر ولو قطع الجفن معه لا يجب الا ذلك الارش كالكف
مع الاصابع ولو قطع الشفر ثم الجفن فان كان قبل البرء فكذلك وان كان بعد البرء
يجب في الشفر ارشه وفي الجفن الحكومة لانه قطع الشفر وهو كامل المنفعة وقطع الجفن
وهو ناقص المنفعة فلا يجب الارش الناقص وهو الحكومة ولو قطع انفا مقطوع
الارنبة ففيه حكومة العدل لان المقصود من الانف الجمال وقد نقص جماله بقطع
الارنبة فينقص ارشه وكذلك اذا قطع كفا مقطوع الاصابع لان المقصود من الكف
البطش وانه لا يحصل بدون الاصابع وكذلك اذا قطع ذكرا مقطوع الحشفة
لان منفعة الذكر تزول بزوالها فلا يمكن ايجاب ارش مقدر ولا قصاص فيه فيجب
الحكومة ولو قطع الذكر والانثيين فان قطعهما معا بان قطعهما من جانب عرضا يجب
ديتان لانه فوت منفعة الجماع بقطع الذكر ومنفعة الانزال بقطع الانثيين فقد
وجد تفويت منفعة الجنس في قطع كل واحد منهما فيجب في كل واحد منهما دية كاملة
وان قطع احدهما بعد الاخر بان قطعهما طولا فان قطع الذكر اولا يجب ديتان
ايضا دية بقطع الذكر لوجود تفويت منفعة الجماع ودية بقطع الانثيين لان بقطع
الذكر لا ينقطع منفعة الانثيين وهو الانزال لان الانزال يتحقق مع عدم الذكر وان
بدا بقطع الانثيين ثم الذكر ففي الانثيين الدية وفي الذكر حكومة العدل لان منفعة
الانثيين كاملة وقت قطعهما ومنفعة الذكر تفوت بقطع الانثيين اذ لا يتحقق الانزال
بعد قطع الانثيين فنقص ارشه ولو حلق راس رجل فنبت ابيض فلا شي فيه في قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف فيه حكومة عدل وان كان عبدا ففيه ما نقص وجه قول
ابي يوسف ان المقصود من الشعر الزينة والزينة معتبرة في الاحرار ولا زينة في الشعر
الابيض فلا يقوم النابت مقام الفايت وجه قول ابي حنيفة ان الشيب في الاحرار ليس
بعيب بل هو جمال وكمال فلا يجب به ارش بخلاف العبيد فان الشيب فيهم عيب الا ترى
انه ينقص الثمن فكان مضمونا على الجاني وفيما دون الموضحة من الشجاج حكومة عدل
كذا روي عن عمر بن عبد العزيز انه قال ما دون الموضحة خدوش فيها حكم عدل وكذلك
روي عن ابراهيم النخعي ولانه لا قصاص فيه والشرع ما ورد فيه بارش مقدر فيجب فيه

مطلب

الحكومة

الحكومة والخلاف الذي ذكرنا في المتلاحمة بين ابي يوسف ومحمد لا يرجع الى المعنى بل الى الاسم
لان ابا يوسف لا يمنع ان تكون الشجة التي قبل الباضعة اقل منها ارشا وكذلك محمد لا
يمنع ان يكون ارش الشجة التي ذهبت في اللحم اكثر مما ذهبت الباضعة زايدا على ارش الباضعة
فكان الاختلاف بينهما في العبارة وفيما سوى الجايفة من الجراحات التي في البدن اذا اندملت
ولم يبق لها اثر لا شي فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف فيه ارش الالم وعند
محمد اجرة الطبيب وثمن ثمن الدواء وان بقي لها اثر ففيها حكومة عدل وكذا في شعر ساير
البدن اذا لم ينبت حكومة عدل وان نبت لا شي فيه والله اعلم واما تفسير الحكومة فان
كان الجاني والمجني عليه عبدا يقوم العبد مجنيا عليه وغير مجني عليه فيجب نقصان
ما بين القيمتين بلا خلاف وان كان الجاني والمجني عليه حرا فقد ذكر الطحاوي انه يقوم
المجني عليه لو كان عبدا ولا جناية به ويقوم به الجناية فينظر كم بين القيمتين
فعليه ذلك القدر من الدية وقال الكرخي يقرب هذه الجناية الى اذى الجنايات التي لها
ارش مقدر فينظر ذوا عدل من اطبا الجراحات كم مقدار هذه منها في قلة الجراحة
وكثرتها بالحزر والظن فياخذ القاضي بقولهما ويحكم من الارش بمقداره من ارش الجراحة
المقدرة وجه ما ذكره الطحاوي ان القيمة في العبد كالدية في الحر فيقدر العبد حرا
فما اوجب نقصا في العبد يعتبر به الحر وكان الكرخي ينكر هذا القول ويقول هذا يودي
الى امر فظيع وهو ان لا يجب في قليل الشجاج اكثر مما يجب في كثيرها لجواز ان يكون
نقصان شجة السمحاق في العبد اكثر من نصف قيمته فلو اوجبنا مثل ذلك من دية
الحر لاوجبنا في السمحاق اكثر مما نوجب في الموضحة وهذا لا يصح والله اعلم **فصل**
واما الجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه وهو الجنين بان ضرب على بطن حامله
فالقت جنينا فيتعلق بها احكام وجملة الكلام فيه ان الجنين لا يخلو اما ان يكون
حرا بان كانت امه حرة او امة علقت من مولاها او من مغرور واما ان يكون رقيقا
ولا يخلو اما ان القته ميتا واما ان القته حيا فان كان حرا والقته ميتا ففيه الغرة
والكلام في الغرة في مواضع في بيان وجوبها وفي تفسيرها وتقديرها وفي بيان من يجب
عليه وفي بيان من يجب له اما الاول فالغرة واجبة استحسانا والقياس ان لا شي
على الضارب لانه يحتمل ان يكون حيا وقت الضرب ويحتمل ان لم يكن بان لم يخلق
فيه الحياة بعد فلا يجب الضمان بالشك ولهذا لا يجب في جنين البهيمة ثم الا نقصان
البهيمة كذا هذا الا انهم تركوا القياس بالسنة وهي ما روي عن مغيرة بن سعيد انه
قال كنت بين جاريتين فضربت احديهما الاخرى بمسطح فالقت جنينا ميتا وماتت
فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين وروي
ان عمر رضي الله عنه اختصم اليه في املاص المراة الجنين فقال عمر رضي الله عنه انشد
الله هل سمعتم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيا فقال المغيرة فقال كنت بين
جاريتين وذكر الخبر وقال فيه فقام عم الجنين فقال انه اشعر وقام والد الضاربة فقال
كيف ندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ودم مثل ذلك يطل فقال النبي صلى
الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان وروي كسجع الاعراب فيه غرة عبد او امة فقال
عمر رضي الله عنه من يشهد معك بهذا فقام محمد بن مسلمة فشهد فقال عمر كدنا ان نقضي فيها

برابنا وفيها سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى هذه القضية ايضا حمل بن مالك
بن النابغة ولان الجنين ان كان حيا فقد فوت الضارب حياته وبفوت الحيوة قتل وان لم يكن
فقد منع من حدوث الحيوة فيضمن كالمغرور لما منع من حدوث الرق في الولد وجب
الضمان عليه وسواء استبان خلقه لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة ولم يستفسر
فدل ان الحكم لا يختلف وان لم يستبين من خلقه فلا شي فيه لانه ليس بجنين انما هو مضغة
وسواء كان ذكرا او انثى لما قلنا ولان عند عدم استواء الخلقة يتعذر الفصل بين الذكر
والانثى فسقط اعتبار الذكورة والانوثة واما تفسير الغرة فالغرة في اللغة عبد
او امة كذا قال ابو عبيد من اهل اللغة وكذا فسرها رسول الله صلى الله عليه وسلم
في الحديث الذي روينا فقال فيه غرة عبد او امة فسر الغرة بالعبد والامة وروى
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بغرة عبد او امة او خمسمائة وهذه
الرواية خرجت تفسيرا للرواية الاولى فصارت الغرة في عرف الشرع اسما لعبد او
امة تعدل خمسمائة او بخمسمائة ثم تقدير الغرة بالخمسمائة مذهب اصحابنا وعند
الشافعي مقدره بستمائة وهذا فرع اصل ذكرناه فيما تقدم لانهم اتفقوا على ان الجواب
الواجب نصف عشر الدية لكنهم اختلفوا في الدية فالدية من الدراهم عندنا مقدرة
بعشرة الاف فكان نصف عشرها خمسمائة وعنده مقدار باثني عشر الفا فكان نصف
عشرها ستمائة ثم ابتداء الدليل على صحة مذهبنا ان في بعض الروايات ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بغرة عبد او امة او خمسمائة وهذا نص في الباب
واما بيان من يجب عليه الغرة فالغرة يجب على العاقلة لما روينا من الحديث ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قضى على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين وروى ان عاقلة الضاربة
قالوا اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ودم مثله يطل وهذا يدل على ان
القضاء بالدية كان عليهم حيث اضافوا الدية الى انفسهم على وجه الانكار ولانها بدل
نفس فكان على العاقلة كالدية واما من يجب له فهي ميراث بين ورثة الجنين على فرائض الله
تعالى عند عامة العلماء وقال مالك انها تورث وهي للام خاصة وجه قوله ان
الجنين في حكم جزء من اجزاء الام فكانت الجناية على الام فكان الارش لها كسائر اجزائها
ولنا ان الغرة بدل نفس الجنين وبدل النفس يكون ميراثا كالدية والدليل على انها
بدل نفس الجنين لا بدل جزء من اجزاء الام ان الواجب في جنين ام الولد ما هو الواجب
في جنين الحرة ولا خلاف في ان جنين ام الولد حر ولو كان هو في حكم عضو من اعضاء الام
لكان جزء من الامة حرا وبقية اجزائها امة وهذا لا يجوز والدليل عليه ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قضى بدية الام على العاقلة وبغرة الجنين ولو كان في معنى اجزاء
الام لما افرد الجنين بحكم بل دخلت الغرة في دية الام كما اذا قطعت يد الام فماتت
انه يدخل دية اليد في النفس وكذا لما انكرت عاقلة الضاربة حمل الدية اياهم فقالت
اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل ديته يطل لم يقل لهم النبي صلى الله عليه
وسلم اني اوجبت ذلكم بجناية الضاربة على المراة لا بجنايتها على الجنين ولو كان وجوب
الارش فيه لكونه جزءا من اجزاء الام لدفع انكارهم بما قلنا فدل ان الغرة وجبت بالجناية
على الجنين لا بالجناية على الام فكانت معتبرة بنفسه لا بالام ولا يرث الضارب من الغرة

شيئا لانه

شيئا لانه قاتل بغير حق والقتل بغير حق من اسباب حرمان الميراث ولا كفارة على الضارب
لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على الضاربة لم يذكروا الكفارة على الضارب
مع ان الحال حال الحاجة الى البيان فلو كانت واجبة لبينها ولان وجوبها متعلق بالقتل
واوصاف اخر لم يعرف وجودها في الجنين من الايمان والكفر حقيقة او حكما قال الله
تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة وقال وان كان من قوم بينكم وبينهم
ميثاق اي كان المقتول ولم يعرف قتله لانه لم يعرف حيوته وكذا ايمانه وكفره حقيقة
وحكما اما الحقيقة فلا شك في انتفائها لان الايمان والكفر لا يتحققان من الجنين وكذلك
حكما لان ذلك بواسطة الحيوة ولم يعرف حيوته ولان الكفارة من باب المقادير
والمقادير لا تعرف بالراي والاجتهاد بل بالتوقيف وهو الكتاب والسنة والاجماع
ولم يوجد في الجنين الذي القي ميتا شي من ذلك فلا يجب فيه الكفارة لان وجوبها
متعلق بالنفس المطلقة والجنين نفس من وجه دون وجه بدليل انه لا يجب فيه
كمال الدية مع ان الضرب لو وقع قتل نفس لكان قتلا تسبيبا لا مباشرة والقتل
تسبيبا لا يوجب الكفارة كحفر البير ونحو ذلك وذكر محمد رحمه الله وقال ولا كفارة على الضارب
وان سقط كامل الخلق ميتا الا ان يشاء ذلك فهو افضل وليس ذلك عليه عندنا واجب
والتقرب الى الله تعالى بما شاء ان استطاع ويستغفر الله تعالى مما صنع وهذا قول ابي يوسف
وقولنا كذا ذكر محمد لانه ارتكب محظورا فيندب الى ان يتقرب بالكفارة لمحوه هذا اذا القته
ميتا فاما اذا القته حيا فمات ففيه الدية كاملة لا يرث الضارب منها شيئا وعليه الكفارة
اما حرمان الميراث فلما قلنا واما وجوب الدية والكفارة فلانه لما خرج حيا فمات علم
انه كان حيا وقت الضرب فحصل الضرب قتل النفس وانه في معنى الخطا فيجب به الدية
والكفارة هذا اذا القت جنينا واحدا فاما اذا القت جنينين فان كانا ميتين ففي كل
واحد منهما غرة وان كانا حيين ثم ماتا ففي كل واحد منهما دية لوجود سبب وجوب كل
واحد منهما وهو الاتلاف الا انه اتلفهما بضربة واحدة ومن اتلف شخصين بضربة
واحدة يجب عليه ضمان كل واحد منهما كما لو افرد كل واحد منهما بالضرب كما في الكبيرين
فان القت احدهما ميتا والاخر حيا ثم مات فعليه في الميت الغرة وفي الحي الدية لوجود
سبب وجوب الغرة في الجنين الميت والدية في الجنين الحي فيستوي فيه الجمع والانفراد
والافراد فيه فان ماتت الام من الضربة وخرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه
ديتان دية في الام ودية في الجنين لوجود سبب وجوبهما وهو قتل شخصين فان خرج
بعد موتها ميتا فعليه دية الام ولا شي عليه في الجنين وقال الشافعي يجب عليه في الجنين
الغرة وجه قوله انه اتلفهما جميعا فيواخذ بضمان كل واحد منهما كما لو خرج الجنين ميتا
ثم ماتت الام ولنا ان القياس يابى كون الجنين مضمونا اصلا لما بينا من احتمال عدم الحيوة
وارادها هنا احتمال اخر وهو انه يحتمل انه مات بالضرب ويحتمل انه مات بموت
الام وانما عرفنا الضمان بالنص والنص ورد بالضمان في حالة مخصوصة وهي ما
اذا خرج ميتا قبل موت الام فسقط اعتبار احد الاحتمالين فتعين الثاني فبقي
وجوب الضمان في غير هذه الحالة هذا اذا كان الجنين حرا فاما اذا كان رقيقا فان
خرج ميتا ففيه نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى وروي عن ابي يوسف

ان فی جنین الامة ما نقص الام وقال الشافعی فیه عشر قیمة الام اما الکلام مع ابی یوسف
فبنا علی اصل ذکرناه فیما تقدم وهو ان ضمان الجنایة الواردة علی العبد ضمان النفس
ام ضمان المال فعلی اصل ابی حنیفة و محمد رحمهما الله ضمان النفس حتی قالا انه
لا یزاد قیمته علی دیة الحر بل ینقص منها وکذا یتحمله العاقلة وعلی اصل ابی یوسف ضمانها
ضمان المال حتی قال یبلغ قیمته بالغة ما بلغت ولا یتحمله العاقلة فصار جنینها کجنین
البهیمة وهناک لا یجب الا نقصان الام کذا ههنا اما الکلام مع الشافعی فبنا علی
ان الجنین معتبر بنفسه ام بامه وقد ذکرنا الدلایل علی انه معتبر بنفسه لا بامه
فیما تقدم و الدلیل علیه ایضا ان ضمان جنین الحرة موروث عنه علی فرایض الله تعالی
ولو کان معتبرا بامه لسلم لها کما یسلم لها ارش عضوها واذا ثبت ان الجنین معتبر بنفسه
وان کان الواجب فیه ضمانه فهذا الاعتبار یوجب ان یکون فی جنین الامة اذا کان
رقیقا نصف عشر قیمته ان کان ذکرا او عشر قیمته ان کان انثی لان الواجب فی
الجنین الحر خمس مایة ذکرا کان او انثی وهو نصف عشر دیة الذکر وعشر دیة الانثی
والقیمة فی الرقیق کالدیة فی الحر فیلزم ان یکون فی الجنین الرقیق نصف عشر قیمته
ان کان ذکرا اعتبارا بالحر وعشر قیمته ان کان انثی اعتبارا بالحرة وان خرج حیا ثم مات
قیمته لما قلنا فی الجنین الحر فان القت جنینین میتین او جنین میت ثم ماتا ففی کل
واحد منهما حالة الاجتماع ما فیه حالة الانفراد لما ذکرنا فی الجنین الحر فان القت
احدهما میتا والاخر حیا ثم مات ففی کل واحد منهما ما هو ضمانه حالة الانفراد
لما مر فان ماتت الام من الضرب وخرج الجنین بعد ذلک حیا ثم مات فعلیه قیمتان
قیمة فی الام وقیمة فی الجنین وان خرج الجنین میتا بعد موت الام فعلیه فی الام
القیمة ولا شی علیه فی الجنین لما ذکرنا والاصل ان فی کل موضع یجب فی الجنین الحر
الغرة ففی الرقیق نصف عشر قیمته ان کان ذکرا وعشر قیمته ان کان انثی وکل موضع
یجب فی المضروبة اذا کانت حرة الدیة ففی الامة القیمة وفی کل موضع لا یجب فی
الجنین هناک شی لا یجب ههنا شی ایضا لما ذکرنا فی جانب فی الحر من غیر تفاوت الا ان
الواجب فی جنین الامة یکون فی مال الضارب یوخذ به حالا ولا یتحمله العاقلة
والواجب فی جنین الحرة یکون علی العاقلة لان تحمل العاقلة ثبت بخلاف القیاس
بالنص والنص ورد بالتحمل فی الغرة فی الجنین الحر فبقی الحکم فی جنین الامة علی
اصل القیاس والله اعلم بالصواب
والیه المرجع والماب
وصلی الله علی سیدنا
محمد واله وصحبه
اجمعین

بلغ قراءة ... [illegible]